Wesen

und

Wirkung der Vormerkung.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

k. bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt von

Heinrich Vervier

Rechtspraktikant

aus Würzburg.

WÜRZBURG.
V. N. SEUBERT'S BUCHDRUCKEREI.
1903.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

Würzburg, den 10. Juli 1903. vom Verfasser.

Litteratur.

I. Monographieen.

1. Biermann, „Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht," Jena 1901.
2. Weigelt, „Vormerkung und Widerspruch nach deutschem Grundbuchrecht," Dissertation; Breslau 1901.
3. Othmer, „Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht," enthalten in „Studien zur Erläuterung des deutschen Rechts," von Dr. Leonhard; Breslau 1902.
4. Sekler, Das Wesen der Vormerkung, Dissert. München 1902.

II. Bürgerliches Recht.

1. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Jena 1900/01.
2. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch; Stuttgart 1897/8.
3. Biermann, Sachenrecht des B.-G.-B.; Berlin 1898. (Wo nicht ausdrücklich: „Sacheurecht" zitiert ist, ist die Monographie desselben Verfassers gemeint.)
4. Strecker, Rechte an Grundstücken; Berlin 1898.
5. Dernburg, Das bürgerl. Recht, Bd. III, 2. Aufl. Halle 1901.
6. Engelmann, Das bürgerliche Recht; 2. durchgearbeitete Auflage, Berlin 1900.
7. Männer, Das Recht der Grundstücke nach B.-G.-B. und G.-B.-O., München 1899.
8. Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1901.
9. Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen, Paderborn 1900.
10. Endemann, Einführung in das Studium des B.-G.-B. 6. Auflage, Berlin 1900.
11. Plank, Bürgerl. Gesetzbuch; 1/2 Aufl., Berlin 1898—1901.
12. Scheiff, praktisches Handbuch des bürgerl. Rechts, 1902.
13. v. Staudinger-Kober, Kommentar zum B.-G.-B. Bd. III, Sachenrecht, 2. vollst. neu bearbeitete Aufl., München 1903.
14. Matthias, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, 3. Aufl. Berlin 1900.
15. Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts; 3. Auflage, Berlin 1896.
16. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band. I, Tübingen 1900.
17. Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzb., 5. Aufl, München 1902.
18. Enneccerus-Lehmann Das bürgerliche Recht, 2. Auflage, Marburg 1901.
19. Hugo Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, zweite vermehrte Auflage, Berlin 1900.

III. Konkursrecht.

1. Jäger, *) Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1902.
2. Seuffert Lothar, Deutsches Konkursprozessrecht, Leipzig 1899.
3. v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, 6. umgearbeitete Auflage, Berlin 1902.

IV. Civilprocessrecht.

1. Gaupp-Stein, Kommentar zur Civilprocessordnung, 4. Auflage. Tübingen 1901.
2. Lothar Seuffert, Kommentar zur Civilprocessordnung, 8. neu bearbeitete Auflage, München 1902.

V. Zwangsversteigerungsgesetz.

1. Jäckel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Berlin 1901.
2. Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1902.
3. Wolff, Zwangsversteigerungsgesetz, 2. Aufl., Berlin 1901.

VI. Grundbuchordnung.

1. Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1900.
2. Boehm J., Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898.
3. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1900
4. Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht, Stuttgart 1898/9.

VII. Sonstige Litteratur.

1. Joh. Neumann, Vormerkung und Veräusserungsverbot, enthalten in der „Juristischen Wochenschrift," Jahrgang XXXI, Nr. 57 und 58.
2. Fuchs, Probleme des Sachenrechts, enthalten in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 46. Jahrgang, 4. und 5. Heft, Berlin 1902.
3. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 1895.
4. Weyl, Vorträge über das B.-G.-B., München 1900.
5. Motive zum Entwurf eines B.-G.-B., amtl. Ausg., Berlin 1888.
6. Protokolle der Kommission zweiter Lesung, von Achilles, Gebhard und Spahn, Berlin 1897/99.
7. Denkschrift zum Entwurf eines B.-G.-B., 2. unveränderte Auflage, Berlin 1896.
8. Soergel, Die Rechtsprechung 1900/01, 5. unveränderte Auflage, Stuttgart 1902.

*) Die zweite, neubearbeitete und erweiterte Auflage von Jäger's Kommentar zur Konkursordnung, 1. Heft, Berlin 1903, kam dem Verfasser erst zu Händen, als vorliegende Abhandlung fertig gestellt war. Sie fand aber nachträglich noch eingehende Beachtung.

Erster Abschnitt.

Einleitende Erörterungen.

§ 1. Zweck und Inhalt der Vormerkung.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat gegenüber den Gefahren aus dem Eintragungs- und Publizitätsprinzip des Grundbuchs wirksame Schutzmittel geschaffen, um diesen Gefahren vorzubeugen und so vor Rechtsnachteilen zu bewahren: Widerspruch und Vormerkung. Während der Widerspruch kraft seiner Ausstattung mit rechtserhaltenden Funktionen bestehende, aber nicht oder nicht richtig gebuchte dingliche Rechte schützen soll, ist die Vormerkung wesentlich dazu bestimmt, rechtsgestaltend zu wirken, dadurch, dass sie erst in der Entstehung begriffene dingliche Rechte in absoluter Weise sichert.

In vorliegender Darstellung soll lediglich der Bedeutung der „Vormerkung" nach ihrem Wesen und ihrer Wirkung eine eingehende Würdigung zuteil werden. [1])

Die Vormerkung ist eine „interimistische Eintragung," welche zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechtes dient § 883 Abs. 1 B.-G.-B. Auch in Ansehung des Pfandrechts an einem eingetragenen Schiffe kann eine Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs in das Schiffsregister eingetragen werden §§ 1259, 1260, 1272 B.-G.-B. (Vgl. auch §§ 100, 123, 103 G.-F.-G.) Die Vormerkung ist demnach prinzipiell dazu bestimmt, bestehende persönliche Ansprüche auf rechtsgeschäftliche

[1]) Othmer's Monographie kam dem Verfasser erst zur Kenntnis, als bereits die ersten 4 Paragraphen der Darstellung vollendet waren; sie fand jedoch nachträgliche Berücksichtigung.

Verfügungen im Gebiete des Liegenschaftsrechts, z. B. auf Auflassung eines Grundstücks, auf Bestellung einer Servitut, auf Löschung einer Hypothek etc., zur Verwirklichung zu bringen; sie kann aber auch dienen zur Realisierung künftiger, bedingter oder betagter, ja sogar nach der herrschenden Lehre [1]) noch von einer Gegenleistung abhängiger Forderungen § 883 Abs. 1 Satz 2 B.-G.-B. Die Vormerkung ist demnach eine vorläufige Eintragung mit den Funktionen eines Sicherungsmittels. Darin stimmen auch die Protokolle [2]) überein: „Zweck der Einrichtung ist die Sicherung der persönlichen Ansprüche".

In letzterer Hinsicht kommt der Vormerkung eine nicht zu unterschätzende volkswirtschaftliche Bedeutung zu; sie trägt bei zur Festigung des Immobiliarkredits, indem sie dazu berufen ist, in den Fällen, wo eine sofortige dingliche Sicherung im Interesse des Gläubigers liegt, aber aus irgendwelchen Gründen ein endgültiger Bucheintrag noch nicht stattfinden kann, dem Interessenten eine absolute, dingliche Garantie für das Entstehen seines Rechts zu gewähren. Den wichtigsten praktischen Anwendungsfall dürfte die Vormerkung einer Bauhandwerkerhypothek nach § 648 B.-G.-B. darstellen; ferner kann sich die staatliche Brandversicherungsanstalt in Bayern gemäss Art. 164, VIII des bayer. A.-G. B.-G.-B. mit Art. 91 E.-G. B.-G.-B. eine Sicherungshypothek eintragen lassen.

Natürlich kann nur dann Ansprüchen auf dingliche Rechtsänderung eine Vormerkung bewilligt werden, falls das endgültig einzutragende Recht, dessen Realisierung durch die Vormerkung gewährleistet werden soll, an

[1]) Fuchs S. 108, § 883 II, 3a; Jaeger S. 119, § 14, Anm. 26; Cosack S. 23 ff.; Biermann S. 131; Turnau-Förster S. 154; Dernburg III, S. 149; Endemann S. 251; Matthias S. 31 und andere.

[2]) Prot. III, S. 260. Derselben Auffassung auch Plank .S 95, § 883, III, No. 2, Z. 1.

sich fähig ist, ins Grundbuch eingetragen zu werden. Zustimmend Jaeger.*) Es können daher nur buchungsfähige Rechte, z. B. nicht eine Antichrese oder ein dingliches Pachtrecht, auch nicht eine Vormerkung zur Sicherung des Rechts auf Eintragung einer Zwangshypothek, [1]) vorgemerkt werden. Ja es muss sogar eine Vormerkung, welche einen Anspruch sichern soll, der nach dem neuen Recht nicht mehr eintragungsfähig ist, gelöscht werden. [2])

§ 2. Die Theorien über die rechtliche Natur der Vormerkung.

Über das Wesen und die Wirkung der Vormerkung, wie auch über die Natur des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs besteht ein heftiger, aktueller Streit. Denn einerseits ist die Fassung der die Vormerkung betreffenden Normen, die Terminologie des Gesetzes, eine solche, dass sie keinen genügenden Anhalt bietet, um auf das Wesen der Vormerkung wie auch des vorgemerkten Rechts ohne weiteres einen unbedingt sicheren Schluss ziehen zu können, andererseits versagen aber auch die Protokolle, indem darin soviele widersprechende Meinungen auftauchen, dass eine völlige Klarheit über dieses schwierige Problem auf den ersten Blick nicht zu erlangen ist. Es ist lediglich aus einigen Stellen der Protokolle [3]) zu entnehmen, dass man es der wissenschaftlichen Forschung anheimstellen wollte, welche Auffassung theoretisch als die richtige anzusehen und welche Wirkung der Vormerkung beizulegen sei. Man überliess es demnach der Wissenschaft, das einheitliche Princip aus den für die Vormerkung aufge-

---

*) 2. Aufl., S. 196, Anm. 8.

[1]) K. G. 25./III. 1901 (D. Recht 1901 S. 352) u. K. G. 13./V. 1901 in Johow's Jahrbüchern für Entscheidungen des Kammergerichts in Berlin XXII S. 152. [2]) R. G. 9./III. 1901. Jur. Wochenschrift 1901 S. 273. [3]) Prot. S. 112 u. S. 118.

stellten Rechtssätzen herauszufinden und auf Grund desselben eine Konstruktion der Vormerkung zu geben.

Die Folge dieses Verhaltens der Autoren des B.-G.-B. war nun, dass eine Reihe von Theorien in der Litteratur auftraten, welche zwar unter sich völlig verschieden sind, aber gerade deshalb nicht wenig dazu beigetragen haben, läuternd und klärend zu wirken auf die Entwicklung und Lösung dieser wichtigen Frage. Die einzelnen Konstruktionen in kurzen Zügen darzustellen, ist im Interesse der Vollständigkeit und zur Orientierung über den Stand der Streitfrage unerlässlich.

Es existieren im wesentlichen drei grosse Klassen von Vormerkungstheorien — von kleineren Divergenzen innerhalb der einzelnen Gruppen abgesehen — mit fundamentalen Unterschieden.

I. Gruppe.

Die Anhänger der ersten Gruppe beschäftigen sich lediglich mit der Untersuchung des Wesens des vorgemerkten Rechts. Sie vertreten die Ansicht, dass der obligatorische Anspruch infolge der Eintragung der Vormerkung zwar schlechthin unverändert bleibe, aber doch für manche Fälle mit dinglicher Wirkung ausgestattet sei. Sie sind vor allem darin einig, dass die Vormerkung kein dingliches, auch kein bedingt dingliches Recht begründe. Diese Auffassung hat namentlich in der Kommentarlitteratur vielfach Eingang gefunden. So erwähnt Plank ausdrücklich, [1]) „dass der Anspruch seinen persönlichen Charakter durch die Vormerkung keineswegs abstreife, aber trotzdem die Vormerkung eine dingliche Wirkung habe;“ er nennt sie „ein formelles Sicherungsmittel dinglicher Natur.“ [2]) Eine ähnliche Haltung nehmen ein Fischer-Henle — sie sprechen von „Rechten, die durch Vormerkung dinglich gesichert sind“ [3]) — sowie Achilles. [4])

[1]) S. 101, I, Ziff. 4. [2]) S. 95, § 883, III, No. 2, Ziff. 1. [3]) S. 442, § 883, Anm. 8. [4]) Anm. zu § 883.

Strecker steht gleichfalls auf dem Standpunkt, „dass durch die Eintragung der Vormerkung der dadurch gesicherte persönliche Anspruch zwar seinem Inhalt nach nicht geändert wird, aber dingliche Wirkung erlangt.“ [1]) Biermann spricht sich in seiner Monographie in ähnlichem Sinn aus: [2]) „Die Vormerkung ist ein Grundbuchsvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert.“ Nach Endemann [3]) wird durch die Eintragung der Vormerkung „die Rechtsnatur und der Inhalt des obligatorischen Rechts nicht geändert, es gibt das Gesetz zunächst nur der formalen Rechtsbedeutung der Eintragung eine erweiterte Anwendung.“ A. a. O. [4]) erkennt er „der Eintragung, wenn auch nicht die Natur, so doch die Wirkung einer dinglichen Belastung zu“ und spricht von einer „dinglichen Gebundenheit des Grundstücks durch das vorgemerkte Recht.“ Diese Anschauung teilt auch Männer. [5]) „Was die Wirkung der Vormerkung angeht, so wird das obligatorische Recht durch die Vormerkung nicht in ein dingliches Recht umgewandelt, der eingetragene Anspruch bleibt ein persönlicher Anspruch.“ Sachlich zustimmend verhalten sich Weigelt [6]) und Kober. [7]) Gaupp-Stein behauptet übereinstimmend mit den genannten Autoren, dass durch die Eintragung der Vormerkung der zu sichernde Anspruch „noch nicht in ein dingliches Recht verwandelt wird, sondern persönlich bleibt,“ [8]) wobei er insbesondere auf die Protokolle III, S. 112 hinweist. Aber er gesteht doch zu, „dass das Grundstück mit der Vormerkung dinglich belastet sei“. Auf alle Fälle hält er dafür, [9]) dass die persönliche Natur des Anspruchs „allein“ nicht durchschlage. H. Neumann [10]) spricht gleichfalls der Vormerkung eine rechtsbegründete Wirkung ab. Andere

---

[1]) S. 114. [2]) S. 184 ff. [3]) Band II, S. 250. [4]) II S. 252. [5]) S. 58. [6]) S. 82/5; [7]) S. 78/9, § 883, IV; [8]) S. 70/1, § 24 C.-P.-O. [9]) S. 566/7. § 265. [10]) S. 448, § 883 IV, 1 u. S. 451, § 885, III, 1.

wiederum z. B. Weyl[1]) begnügen sich mit der einfachen Aufzählung der ihr vom Gesetz beigelegten Wirkungen.

Eine weitere Kategorie von Autoren bekennen sich zwar auch principiell zu denjenigen, welche dem vorgemerkten Recht lediglich einen persönlichen Charakter zuerkannt wissen wollen, aber sie legen der Vormerkung selbst eine besondere Eigenschaft bei, nämlich die Natur eines qualifizierten Veräusserungsverbotes; wenigstens räumen sie ihre enge Verwandtschaft mit demselben ein. So Turnau-Förster[2]), Plank[3]) und Klumpp[4]). Dabei können sie sich auf eine Stelle in den Protokollen[5]) berufen, wo dargelegt ist, dass die Vormerkung eine Art Veräusserungsverbot sei, oder doch wesentlich die negativen Wirkungen eines solchen aufweise. Welche Unterschiede sich indessen zwischen beiden Rechtsinstituten ergeben, soll a. a. O.[6]) näher ausgeführt werden.

Auf demselben Standpunkt, wie die bis jetzt erwähnten Autoren, steht auch die Denkschrift[7]) zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie geht von der Erwägung aus, dass es ratsam sei, durch eine Reihe von Einzelbestimmungen persönliche Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen durch eine Vormerkung absolut sicher zu stellen. Zu diesem Zweck sollten in die übrigen Gesetze, insbesondere in die K.-O. entsprechende Vorschriften aufzunehmen sein.

Die bisher behandelte Konstruktion, welche der Vormerkung jede rechtsändernde Wirkung abspricht und sie lediglich als einen Bucheintrag mit dinglicher Wirkung charakterisiert, sucht zwischen Geist und Terminologie des Gesetzes eine Versöhnung herbeizuführen. Darin ist ihren Anhängern ja recht zu geben, dass die Vormerkung selbst kein Recht ist, sondern ein blosser

---

[1]) S. 23/4. [2]) Band I S. 156/7; [3]) S. 96, No. 3, c, Ziff. 4. [4]) S. 118, 2d. [5]) S. 112 mit S. 745/6. [6]) § 4, II der Darstellung. [7]) S. 181/2.

Vermerk im Grundbuch. [1]) Auch das lässt sich nicht abstreiten, dass die Vormerknng die genannten Ansprüche „dinglich sichert". Allein damit sagen die genannten Autoren nichts wesentlich Neues und nichts anderes, als was das Gesetz selbst uns bietet. Insbesondere sind sie nicht im stande, mit ihrer Theorie unter anderem die eminent wichtigen Fragen zu beantworten, ob die Eintragung einer Vormerkung einen Verfügungsakt darstellt, ob die §§ 873 ff. auch für die Vormerkung gelten, ob letztere am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnimmt und anderes praktisch Wichtige mehr. Nach dieser Auffassung ist es ganz unentschieden, was für eine principielle Bedeutung der Eintragung einer Vormerkung zukommt. Nimmt man einerseits an, dass der obligatorische Anspruch eingetragen wird, so verstösst die Buchung eines solchen direkt gegen das Eintragungsprincip, welches strikte nur dingliche Rechte zulässt. Andererseits ist zu erwägen, dass die Vormerkung die Forderung sichern soll. Wenn aber die Vormerkung nicht eine materielle Änderung der Rechtslage des Aktivinteressenten herbeizuführen im stande ist, dann ist meines Erachtens das ganze Institut der Vormerkung zwecklos. Nach vorstehender Theorie wird das Wesen des obligatorischen Anspruchs durch die Eintragung der Vormerkung nicht berührt: er bleibt ein rein persönlicher. Damit wäre aber der Zweck des Institutes illusorisch. Soll der Anspruch absolut geschützt werden, dann muss seine Wirkung über die Person des Verpflichteten hinausreichen d. h. der Anspruch muss verdinglicht werden, vgl. § 888 Abs. 1 B.-G.-B. Der Hauptverteidiger dieser Anschauung, Biermann [2]) fühlt auch den Mangel dieser Theorie, indem er sich nicht verhehlt, dass durch dieselbe das Wesen der Vormerkung nicht vollkommen erklärt werde

---

[1]) Näheres § 3 der Darstellung. [2]) S. 184.

und dass eben nichts anderes übrig bleibe, als sich mit diesem Resultat zu begnügen. Diese Theorie befriedigt demnach nicht.

II. Gruppe.

Die Überzeugung, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch doch stärker wirke als eine gewöhnliche Forderung, hat zur Entstehung einer weiteren Konstruktion geführt, Man glaubte in dem ius ad rem des preussischen Landrechts ein Vorbild für die Natur des vorgemerkten Anspruchs gefunden zu haben. Mit dieser Anschauung trat zuerst Gierke in „Bedeutung des Fahrnissbesitzes“ [1]) auf den Plan, indem er hervorhob, dass das vorgemerkte Recht den Charakter eines ius ad rem besitze. Dieses „Recht zur Sache“ stand, wie Dernburg [2]) sagt, „demjenigen Gläubiger zu, welcher eine bestimmte Sache zu fordern hatte, derart, dass ihm Dritte, welche die Sache in Kenntnis seines Forderungsrechts erwarben und im Besitz der Sache waren, durch dasselbe zur Herausgabe vergebunden waren.“ Durch dieses ius ad rem wurde also der Anspruch intensiver ausgestaltet und so dem reinen obligatorischen Anspruch sein wesentliches Moment, seine nur auf die beiden Kontrahenten sich erstreckende Wirkung, genommen. Es ist dieses ius ad rem in der Litteratur als der „absolut gewordene persönliche Anspruch“ charakterisiert worden. Biermann [3]) steht in seinem Sachenrecht noch auf diesem Standpunkt, hat ihn aber in seiner Monographie verlassen, da er sich von der Unhaltbarkeit dieser Konstruktion überzeugte [4]). Weiter vertreten diese Auffassung Lehmann [5]) sowie Endemann, [6]) welch' letzterer zwar principiell an dem persönlichen Charakter des vorgemerkten Rechts festhält, aber doch einräumt, dass der vorgemerkte Anspruch

[1]) S. 21. [2]) S. 184. [3]) S. 35; [4]) S. 176 ff. in „Widerspruch“. [5]) S. 6. [6]) Band II, S. 250/1, Anm. 8.

eine nahe Verwandtschaft mit dem ius ad rem erkennen lasse. Diese Annäherung an das „Recht zur Sache" konstatiert auch Dernburg, [1]) ohne jedoch für seine Person dieser Auffassung beitreten zu wollen, was sich aus mehreren Stellen [2]) ergibt.

Mit einer ähnlichen Anschauung tritt Oberneck [3]) hervor, indem er ausführt: „Dieser Anspruch ..... ist kein dinglicher, sondern ein persönlicher im Sinne der obligatio in rem scripta." Er erklärt, dass vor der Eintragung die Obligation einen bestimmten Gegner hatte, nach der Eintragung aber sich gegen jeden Dritten richte. Indessen gibt er zu, dass die Vormerkung für gewisse, im Gesetz besonders geregelte Fälle eine „unmittelbar dingliche Wirkung" ausübe.

Was nun die Beurteilung dieser Auffassungen anlangt, so ist vorweg zu bemerken, dass, wie die Protokolle [4]) beweisen, trotz aller übrigen Meinungsverschiedenheiten unbedingte Klarheit darüber herrschte, dass die Konstruktion eines ius ad rem entschieden zu verwerfen sei. Allein diese Theorie widerspricht auch direkt dem Gesetz. Denn es wird der obligatorische Anspruch in seiner Reinheit verändert, indem seine verpflichtende Kraft sich nicht nur auf den ursprünglich Obligierten, sondern auch auf Dritte erstreckt. Dieser Auffassung stehen aber die §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 B.-G.-B. unmittelbar entgegen; der Anspruch auf endgültige Eintragung richtet sich einzig und allein gegen den von Anfang an Verpflichteten. Nur letzterer wird im Falle eines Prozesses zur Bewirkung der Umschreibung, der Dritterwerber hingegen zur Zustimmung zu derselben verurteilt, vgl. §§ 894 ff. C. P. O. In weiterer Linie ist der Begriff eines ius ad rem gegenüber den Funktionen, welche der Vormerkung zukommen, ein viel zu enger; der Inhalt der letzteren ist ein bedeutend umfassenderer, da sie nicht nur den Rechtserwerb, sondern

[1]) S. 186. [2]) S. 150 mit S. 152. [3]) S. 254. [4]) Prot. S. 113

auch den Rechtsverlust sowie jede sonstige Rechtsänderung hinsichtlich des Ranges oder Inhalts in sich schliesst. Auch der Umstand, dass der Rang des vorgemerkten Rechts von der Eintragung der Vormerkung, und nicht von der definitiven Eintragung abhängt, muss die Ansicht vom ius ad rem als nicht dem Gesetz entsprechend erscheinen lassen § 883 Abs. 3 B.-G.-B. Zustimmend Biermann [1]). Es würde ferner gegen einen fundamentalen Grundsatz unserer Grundbucheinrichtung, das Eintragungsprinzip, verstossen, wollte man solchen immerhin noch persönlichen Ansprüchen, also „nicht buchungsfähigen" Rechten die Eintragungsfähigkeit zugestehen. Endlich steht einer solchen Auffassung die scharfe und prägnante Abgrenzung von obligatorischen und dinglichen Rechten entgegen, welche im B.-G.-B. konsequent durchgeführt ist. Nirgends ist im B.-G.-B. auch nur eine Andeutung eines ius ad rem zu finden. Derselben Meinung Biermann [2]) [3]). Die bisherige Judikatur unter der Herrschaft des B.-G.-B. spricht sich gleichfalls gegen die Zulässigkeit des „Rechts zur Sache" aus. Eine Entscheidung des Kammergericht [4]), welche genau den Standpunkt des B.-G.-B. präcisiert, besagt ausdrücklich, dass die Eintragung eines obligatorischen Anspruchs in das Grundbuch behufs Sicherstellung desselben unzulässig sei. Einzutragen seien nur die im B.-G.-B. anerkannten Rechte an Sachen (Eigentum, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten etc.) sowie die Vormerkungen des § 883 B.-G.-B., insoweit nicht im E.-G. B.-G.-B. Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetzgebung in Betracht kommen.

Was über diese Konstruktion zu sagen ist, gilt im wesentlichen auch für die folgende, welche mit der soeben behandelten eine gewisse Ähnlichkeit hat. Die Anhänger dieser Auffassung rechnen die Vormerkung

[1]) S. 177/8 u. Seckler S. 7/8. [2]) S. 176 ff. [3]) u. Weigelt S. 83/4.
[4]) K. G. 12. III. 1900 in Johow's Jahrbücher für EE. des K. G.

zu den sogenannten „Anwartschaftsrechten“ bezw. „Erwerbsberechtigungen“. Letzteren Terminus gebraucht Enneccerus und Lehmann [1]): „Persönliche Forderungen auf Einräumung .... eines Rechts an einem Grundstück ..... können durch Eintragung einer Vormerkung mit einer gewissen dinglichen Wirkung ausgestattet werden § 883 Abs. 1 B.-G.-B. Mit der persönlichen Forderung verbindet sich alsdann eine dingliche Berechtigung auf den Erwerb des betreffenden Rechts (Erwerbsberechtigungen)“. Crome [2]) zählt die Vormerkung zu den „Anwartschaftsrechten“, welche ja im Wesen den Erwerbsberechtigungen gleich sind.

Gegen solche Neubildungen sprechen im grossen Ganzen dieselben Gründe wie gegen das ius ad rem. Ausserdem würde eine solche Konstruktion das Konkursprincip der par conditio creditorum, wie es in den §§ 12 und 15 K.-O. zum Ausdruck kommt, durchbrechen. Denn es ist dem vorgemerkten Anspruch ausdrücklich die Wirkung beigelegt, dass der aus der Vormerkung Berechtigte Naturalerfüllung verlangen kann und sich nicht mit der Rolle eines Konkursgläubigers, der lediglich auf die Dividende angewiesen ist, zu begnügen braucht § 24 K.-O. [3]). Sachlich zustimmend Othmer [4]).

III. Gruppe.

Die Mängel, welche den bisher betrachteten Auffassungen anhaften, vermeidet eine andere Theorie, welche zahlreiche Anhänger zählt. Diese verbreitete Lehre stellt als Grundprincip den Satz auf, dass die Vormerkung den obligatorischen Anspruch in ein dingliches Recht umwandle; hinsichtlich der Frage, in welcher Weise und mit welcher Wirkung diese Umwandlung sich vollzieht, darüber herrschen allerdings unter den einzelnen Autoren noch manche Meinungs-

[1]) S. 335. [2]) S. 176, Band I. [3]) Näheres in § 7, III der Darstellung. [4]) S. 41 ff.

verschiedenheiten. Z. B. plädiert eine grössere Anzahl von Schriftstellern dafür, dass die Vormerkung selbst die Natur eines eigenartigen, dinglichen Rechts besitze.

Diese Auffassung stellt den entscheidenden Wendepunkt dar in der Frage nach dem Wesen und der Wirkung der Vormerkung, indem sie den Kernpunkt der Frage, die Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts, richtig erkannt hat, wodurch die Sachlage bedeutend geklärt wurde.

Zu den Anhängern derjenigen Gruppe, welche der Vormerkung selbst den Charakter eines „eigentümlichen dinglichen Rechts von streng accessorischer Natur" beilegen, ist vor allem Cosack zu rechnen. Er fasst seine Ansicht dahin zusammen: „Die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch hat zur Folge, dass der vorgemerkten Forderung ein eigentümliches dingliches Recht, das Vormerkungsrecht, schirmend zur Seite steht. Der Inhalt des Vormerkungsrechts ist, dass es das Buchrecht, über welches laut der vorgemerkten Forderung eine Verfügung getroffen werden soll, zu Gunsten dieser Forderung dinglich bindet, also gleichsam mit Beschlag belegt [1])." A. a. O. [2]) spricht er der Vormerkung als einem Sicherungsmittel für die vorgemerkte Forderung eine accessorische Natur zu. Ganz in demselben Sinn spricht sich Jaeger [3]) *) aus: „... die Vormerkung ist ein dingliches Sicherungsrecht eigener Art ähnlich der Arresthypothek ..... sie ist ein Sicherungsrecht und deshalb accessorischer Natur, aber sie ist darum nicht minder ein Recht und zwar ein dingliches." Zur Anschauung Jaegers bekennt sich auch Joh. Neumann [4]). In ziemlicher Übereinstimmung mit den bisher genannten Autoren befindet sich Engelmann [5]).

---

[1]) S. 23; [2]) S. 25 [3]) S. 188/9, § 24. Anm. 3 mit Anm. 17, S. 192. [4]) S. 455 ff., sowie Sekler S. 13, 15 III. [5]) S. 499/500.

*) Diese Auffassung hat Jaeger in seiner neuen Konkursordnung 1903, S. 194/5, § 24, Anm. 2/3 verlassen.

Nach ihm bewirkt „die Vormerkung eine dingliche Belastung des Grundstücks oder eingetragenen Rechts". Aber auch die Vormerkung als solche ist nach seiner Meinung ein Recht, indem er hervorhebt: „. . . . es durchbricht das Institut der Vormerkung die Geschlossenheit der Zahl der vom B.-G.-B anerkannten dinglichen Rechte." Darin aber weicht Engelmann von den zuvor genannten Autoren ab, dass er der Vormerkung die Natur eines „dinglichen Rechts" schlechthin zuerkennt, während die übrigen ein „eigentümliches dingliches Vormerkungsrecht" annehmen.

Eine eingehendere Würdigung dieser Theorie soll später [1]) stattfinden. Entschieden ist der Standpunkt der Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts als der richtige anzuerkennen. Indessen kann ich mich nicht davon überzeugen, dass die Vormerkung selbst ein dingliches Recht irgend welcher Art ist; (was in § 3 der Darstellung näher erörtert ist.) Ich möchte hier nur bemerken, dass eine Konstruktion der Art, wonach die Vormerkung ein eigenes, dingliches Recht, eine dem Pfandrecht ähnliche Belastung des Grundstücks oder Liegenschaftsrechtes sein soll, von der II. Kommission ausdrücklich abgelehnt wurde. Allerdings ist dieser Theorie der Vorzug zuzuerkennen, dass sie alle Phänomene auf dem Gebiet der Vormerkung einheitlich löst, indem sie dieselbe als ein Analogon zur Hypothek konstruiert. In weiterer Linie findet sich diese Ansicht zwar in den Protokollen [2]) vertreten, ebenso [3]) diejenige von Engelmann und von Fuchs; [4]) sie wurde aber sehr bestritten und endgültig verworfen.

Dernburg's Auffassung ist nicht allzu klar. Sicher ist, dass er für seine Person der vorgemerkten Forderung den Charakter eines ius ad rem nicht beilegen will, wohl aber die Möglichkeit einer solchen Konstruktion

[1]) § 3 der Darstellung. [2]) Prot. S. 740 ff.; [3]) Prot. S. 266; [4]) S. 112 ff. u. Probleme S. 562 ff.

durchblicken lässt [1]). A. a. O. [2]) behauptet er: „Der Anspruch bleibt ein persönlicher, aber er belastet infolge der Vormerkung zugleich das Grundstück dinglich." Indessen geht aus seiner Äusserung: [3]) „Das vorgemerkte Recht wirkt, wenn es liquid und perfekt wird, aufhebend auf alle in der Zwischenzeit durch Dritte erworbenen entgegenstehenden Rechte" sowie daraus, dass er in Ansehung des Konkurses der Vormerkung die Wirkung zuschreibt, sie begründe „ein festes, wenn auch bedingtes Recht", [4]) ziemlich deutlich hervor, dass er zwar die Wesensverwandlung der Forderung durch die Vormerkung einräumt, aber ein „unbedingt-dingliches" Recht ablehnt. Dass durch die Eintragung der Vormerkung ein dingliches Recht erzeugt wird, ist wohl auch die Auffassung von Scheiff [5]). Wolff [6]) vertritt ebenfalls die Anschauung, dass „durch die Vormerkung ein neues Recht am Grundstück entsteht" und Jäckel [7]) behauptet in gleichem Sinne, dass sie „das Grundstück wie ein dingliches Recht belastet, welches nicht auf Leistungen aus demselben gerichtet ist, z. B. eine Realservitut."

Eine besondere, ganz neue Konstruktion gibt Othmer [8]). Er glaubt die Frage nach der Wirkung der Eintragung einer Vormerkung folgendermassen beantworten zu müssen: „Durch die Eintragung einer Vormerkung werden die den im § 883 Abs. 1 B.-G.-B. bezeichneten Ansprüchen entsprechenden Änderungen der materiellen Rechtslage in unbedingter Weise herbeigeführt." Der Vormerkung selbst den Charakter einer Belastung oder eines eigentümlichen dinglichen Rechts zuzusprechen, hält er für gänzlich unzulässig. Auf Othmer's Ansicht kann erst an späterer Stelle [9]) näher eingegangen werden. Ob nämlich die dinglichen Wirkungen der Vormerkung in bedingter oder unbe-

[1]) S. 186; [2]) S. 150 mit S. 152. [3]) S. 151; [4]) S. 710; [5]) S. 871; [6]) S. 117, § 48 Z. V. G.; [7]) S. 79|80; [8]) S. 80 ff. [9]) § 8 der Darstellung.

dingter Weise eintreten. darüber besteht eine Meinungsverschiedenheit, welche eine weitere Auffassung als eine Unterart innerhalb der Theorie der Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts veranlasste.

Zu dieser zweiten Gruppe von Autoren bekennt sich als Hauptvertreter Fuchs. Sowohl an zahlreichen Stellen in seinem Grundbuchrecht [1]) wie neuerdings in seinen „Problemen [2]) des Sachenrechts" vertritt er die Ansicht, dass „der Vormerkung der Charakter eines bedingten Rechts an der Sache, der bedingten Belastung zu geben sei", und spricht [3]) von der „dinglichen Natur des vorgemerkten Rechts." In seinen „Problemen" folgert Fuchs unter Hinweis auf das dingliche Vorkaufsrecht, welchem kraft Gesetzes § 1098 Abs. 2 B.-G.-B. dieselben Wirkungen zukommen wie der Vormerkung, dass letztere selbst ein Recht an der Sache, eine Belastung sei; indessen gibt er zu, dass nichts im Wege stehe, falls man die erwähnte Konstruktion ablehne, „die Vormerkung unter den Begriff des dinglichen Rechts zu stellen und sie neben die Rechte an der Sache und neben die Belastungen als eine ‚Unterart' der dinglichen Rechte einzuführen." [4]) Damit befindet sich Fuchs wohl in Übereinstimmung mit Cosack und Jaeger, welche ebenfalls ein eigentümliches dingliches Vormerkungsrecht annehmen. Welches Erfordernis Fuchs für das Zustandekommen des „unbedingten" Rechts angibt, über diese Frage werde ich mich an späterer [5]) Stelle ausführlicher verbreiten.

Boehm [6]) vertritt eine ähnliche Anschauung, indem er ausführt: „ . . . der Vorgemerkte kann, sobald die Voraussetzungen der endgültigen Eintragung nachgewiesen werden, dingliche Klage erheben." Als ein weiterer Anhänger der Theorie vom „bedingten Rechte", das durch die Vormerkung entsteht, bekennt sich

[1]) § 883, Anm. 7, cc, S. 112|3; [2]) Probl. S. 562 ff.; [3]) S. 112, Z.iff. 7, cc, [4]) Probl. S 562 ff.; [5]) § 8 der Darstellung. [6]) § 883, III S. 44.

Matthias:[1]) „Die Wirkung der Vormerkung ist in gewissen Richtungen so geregelt, als wäre das vorgemerkte Recht durch die Vormerkung schon als bedingtes begründet....“ Endlich tritt für diese Auffassung auch Stobbe-Lehmann[2]) ein. Er stellte zuerst die Behauptung auf, dass durch die „endgültige Eintragung“ des vorgemerkten Rechts „keine neue Belastung des Vermögens herbeigeführt wird, sondern nur ein bedingt eingetragenes Recht in ein unbedingtes verwandelt wird.“ Damit behauptet er die Wesensgleichheit des vorgemerkten und des definitiv eingetragenen Rechts.

Was die Beurteilung dieser Konstruktionen angeht, so ist diese zweckmässiger an einem anderen Platze[3]) vorzunehmen, wo über die bedingt dingliche Natur des vorgemerkten Rechts eingehender gesprochen werden soll.

Zweiter Abschnitt.

Das Wesen der Vormerkung.

§ 3. Die Vormerkung, ein Sicherungseintrag im Grundbuch.

I.

Wie schon erwähnt, wurde der Vorschlag, der bei der Beratung[4]) über das B.-G.-B. von verschiedener Seite gemacht wurde, man solle der Vormerkung den Charakter eines eigenen, dinglichen Rechts, einer dem Pfandrecht ähnlichen Belastung verleihen, von der zweiten Kommission abgelehnt, ebenso ein Antrag[5]), wonach die Vormerkung die Natur einer selbstständigen dinglichen Belastung erhalten sollte. Dieses Ergebnis kommt in der Terminologie[6]) des Gesetzes offen zum Ausdruck. In Erwägung dieser Momente kann ich mich nicht entschliessen, ein eigenes, dingliches Vormerkungsrecht der einen oder anderen Art anzunehmen.

[1]) Band II, § 11, E S. 39. [2]) Band II, Teil 2, S. 230. [3]) § 8 der Darstellung. [4]) Prot. S. 740 ff.; [5]) Prot. S. 266 mit Prot. IV S. 586; [6]) vgl. III dieses Paragraphen.

Es geht aus den genannten Stellen in den Protokollen unzweifelhaft hervor, dass man die geschlossene Reihe der dinglichen Rechte, wie sie das B.-G.-B. zur Darstellung bringt, nicht durchbrechen wollte. Zutreffend bemerkt hiezu Fuchs:[1]) „ . . . der Kreis der dinglichen Rechte ist und bleibt geschlossen; auch durch die Vormerkung können nicht ‚neue' dingliche Rechte . . . geschaffen werden." Anderer Meinung Engelmann[2]). Lediglich über das „Wesen" des vorgemerkten Rechts entstand nach Ablehnung der oben genannten Anträge unter den Verfassern des B.-G.-B. Streit; man einigte sich zuletzt dahin[3]), „dieselbe Wirkung[4]) wie bei einem ‚bedingten Rechte' anzunehmen." Allein bei der immerhin schwankenden Stellung der Autoren des B.-G.-B. hinsichtlich unserer Frage genügt jener Hinweis auf die Protokolle allein nicht, um die genannte Ansicht zu widerlegen. Man muss vielmehr aus dem Gesetze selbst entnehmen, dass eine solche Auffassung nicht zu billigen ist. Bei dieser Untersuchung ist es unumgänglich notwendig, will man zu einem gesetzlich und logisch unanfechtbaren Ergebnis gelangen, dreierlei Momente zu berücksichtigen: Zunächst muss man sich den praktischen Zweck der Vormerkung gegenwärtig halten; sodann ist scharf auseinander zu halten einerseits das „Wesen", andererseits die „Wirkung" der Vormerkung; endlich ist für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen über die Vormerkung wichtig, sich über die Bedeutung des Ausdrucks „Anspruch" völlige Klarheit zu verschaffen. Selbst Biermann[5]) gibt zu, dass der nach § 888 I

---

[1]) S. 108, d. Mit der hier entwickelten richtigen Auffassung befindet sich jedoch Fuchs im Widerspruch mit seiner Konstruktion, wonach die Vormerkung eine bedingte Belastung sei. In seinen „Problemen" lässt er sogar die Cosack'sche Anschauung nach Wahl gelten.

[2]) S. 499|500; [3]) Prot. S. 112; [4]) vgl. die Fassung des § 887 Abs. 2 B.-G.-B., wo von dem Erlöschen der „Wirkung" der Vormerkung die Rede ist. [5]) S. 177|8 und Sekler S. 8.

gegen Dritte gehende Anspruch von dem Anspruch gegen den Verpflichteten verschieden ist.

II.

Schon auf Grund des „materiellen" Inhalts der die Vormerkung betreffenden Normen qualifizirt sich die letztere nicht als ein „dingliches Recht", sondern als eine besonders geartete Eintragung, nämlich als ein „vorläufiger Vermerk" im Grundbuch [1]). Wäre die Vormerkung selbst ein dingliches Recht irgend welcher Art, insbesondere eine Belastung, wie Fuchs meint, so würden ohne Zweifel Spezialvorschriften für ihren Erwerb überflüssig sein; denn man könnte sich begnügen mit den Vorschriften der §§ 873 bzw. 925 B.-G.-B., welche für den „rechtsgeschäftlichen" Erwerb eines Liegenschaftsrechtes oder eines Rechtes an einem solchen Grundstücksrecht den dinglichen Vortrag, die sogenannte „Einigung" des Veräusserers und Erwerbers, bezw. bei § 925 die „Auflassung", über die eingetretene Rechtsänderung sowie die Eintragung derselben in das Grundbuch vorschreiben. Diesen Normen gegenüber genügt aber zur Erlangung der Eintragung einer Vormerkung eine „einseitige" Willenserklärung, nämlich die „Bewilligung" des Passivinteressenten nach § 885 Abs. 1 B.-G.-B. Dadurch ist evident das materielle Konsensprincip der §§ 873, 925 B.-G.-B. durchbrochen, man müsste denn die Vorschrift des § 885/1 als ius singulare charakterisieren, was aber wiederum erst zu beweisen sein würde. Dieser Beweis dürfte jedoch aussichtslos sein, schon aus dem Grunde, weil noch mehrere abweichende Vorschriften für die Vormerkung aufgestellt sind und nicht „allein" die Bestimmung des § 885/I.

---

[1]) Zustimmend: Plank S. 95, § 883, Z. 2; Biermann S. 129: „Anticipierte Eintragung" u. S. 184; Fuchs S. 127, § 885, Abs. 2, I, 1 im Gegensatz zu seiner sonstigen Auffassung: „Belastungsnatur der Vormerkung"; Weigelt S. 84; Othmer S. 81 u. A.

Zustimmend verhalten sich Biermann [1]) sowie Oberneck [2]): „... da die Vormerkung nicht als ein selbstständiges Recht an einem Grundstück erachtet wird, so fehlt im Gesetz der Hinweis auf §§ 873, 878 B.-G.-B. Zutreffend erwähnt auch Cosack [3]): „Die Gegenpartei erlangt eine Verbesserung ihres Rechtes ohne ihr Zutun". Anderer Meinung ist Fuchs [4]), welcher diese Abweichung von dem Erwerb der Liegenschaftsrechte nach § 873 nur eine „äusserliche" nennt. *) Indessen wenn man so verfahren wollte, so könnte man zu einem Resultat überhaupt nicht kommen. Man könnte mit gleichem Recht bestreiten, dass § 24 K.-O. eine Durchbrechung des Konkursprincips, der par conditio creditorum darstellt, was fast einhellig in der Litteratur und auch von Fuchs [5]) selbst anerkannt [6]) ist. Vielmehr können gerade aus dem Umstande, dass ein bestimmtes Princip durchbrochen wird, äusserst wichtige Schlüsse gezogen werden.

Ebenso wird in den Fällen der erzwungenen Vormerkung, sei es auf Grund einer einstweiligen Verfügung, sei es durch Klage auf Bewilligung der Vormerkung, das materielle Konsensprincip des § 873 B.-G.-B. durchbrochen. Im letzteren Falle kann schon auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils die Eintragung einer Vormerkung nach § 895 C.-P.-O. erfolgen, während erst das rechtskräftige Urteil nach § 894 C.-P.-O. die Bewilligung fingiert. Im übrigen ist es gestattet, nach § 885 Abs. 1, B.-G.-B., falls die Bewilligung aus freien Stücken vom Passivinteressenten nicht erteilt wird, sofort durch eine einstweilige Verfügung die Ein-

*) Auch Sekler will § 873 angewendet wissen, soweit nicht die Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung oder nach Massgabe des § 895 C.-P.-O. oder §§ 18 und 76 G.-B.-O. eingetragen wird, S. 16, Ziff. 1 und materiell damit zusammenhängend S. 16, Ziff. 3.

[1]) S. 148; [2]) S. 248; [3]) S. 51. [4]) S. 127, § 885, Abs. 2, I, 1; [5]) S. 118, § 883, Anm. 13 aa; [6]) § 7, III der Darstellung.

tragung einer Vormerkung zu erwirken, wofern man nur seinen Anspruch als solchen — eine besondere „Gefährdung“ desselben wird nach § 883 Abs. 1, Satz 2 B.-G.-B. nicht erfordert — glaubhaft macht §§ 936, 920 C.-P.-O. Dagegen fingiert die Erzwingung der „Einigung“ durch rechtskräftige Verurteilung hiezu die Abgabe der Willenserklärung seitens des Verurteilten; die Erzwingung des Willens des Betroffenen bewirkt demnach hier materiell doch das Zustandekommen des „dinglichen Vertrags“. Sodann ist noch zu beachten, dass nie ein Definitiveintrag auf Grund einer „einstweiligen Verfügung“ erfolgen darf, wohl aber die Eintragung einer Vormerkung: 895 C.-P.-O. Die Begründung einer Vormerkung ist also wesentlich verschieden von der Begründung dinglicher Rechte: Im ersteren Falle ist eine „einseitige“ Willenserklärung das Normale, für definitive Einträge hingegen wird eine „konsentierte“ erfordert. Ausdrücklich soll hier bemerkt werden, dass für die Eintragung einer Vormerkung zwar das einseitige Rechtsgeschäft der Bewilligung genügt, aber damit nicht ausgeschlossen ist, dass nicht auch auf Grund eines diesbezüglichen „Vertrags“ eine Vormerkung eingetragen werden kann [1]).

Dagegen ist die Bestimmung des § 885 Abs. 2 zum Beweise sowohl dafür, dass durch die Eintragung der Vormerkung kein dingliches Recht erzeugt wird als auch dafür, dass die Vormerkung selbst kein dingliches Recht ist, nicht anwendbar, weil diese Vorschrift nur vom näheren Inhalt des „obligatorischen“ Anspruchs handelt und nicht vom Inhalt des künftigen „Vollrechtes“. Der § 874 B.-G.-B., der ohne Zweifel sich nur auf das endgültig eingetragene dingliche Recht bezieht, macht also den § 885/II nicht überflüssig [2]). Aber

[1]) Vgl. die Entscheidung des O.-L.-G. Dresden vom 5. II. 1900, in den Annalen des O.-L.-G. Dresden XXII S. 141. [2]) Anderer Meinung: Biermann S. 180, zustimmend Seckler S. 14.; Obernek S. 248, § 885 b, mit S. 250 Z. 3, 251; Weigelt S. 83.

über etwas anderes uns aufzuklären, ist die Vorschrift des § 885 Abs. 2 geeignet. Zuerst kann diese Norm gemäss ihrem dispositiven Charakter unbeachtet bleiben. Wird sie aber angewendet, so erhellt schon aus der Terminologie, dass nicht der obligatorische Anspruch, der ohnehin buchungsunfähig ist, vorgemerkt wird, sondern etwas vom persönlichen Anspruch Verschiedenes: Es wird bereits das definitive Recht „vorläufig" eingetragen, geschützt durch die Vormerkung.

Der entgegenstehende Gesetzeswille, demzufolge die Konstruktion eines besonderen Vormerkungsrechtes abzulehnen ist, zeigt sich ferner darin, dass in Ansehung des Ranges des durch die Vormerkung gesicherten Rechts eine Spezialbestimmung, nämlich § 883 Abs. 3 entscheidend ist, welcher eine Ausnahme vom allgemeinen Princip des § 879 B.-G.-B. bildet [1]).

Die ratio legis in betreff der erwähnten Sondervorschriften dürfte unschwer zu erkennen sein: Es sollen definitive und interimistische Bucheinträge keine gleichmässige Behandlung bei ihrer Eintragung erfahren, gleichwie sie auch eine verschiedene Wirkung äussern. Vorläufige Einträge wie die Vormerkung sollen nach ihrem Zweck lediglich dingliche Rechtsänderungen für die Zukunft „sichern", also noch nicht „Vollrechte begründen." Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch dem vorläufig eingetragenen Rechte gewisse Vorzüge zu teil werden, welche sonst nur endgültig eingetragenen dinglichen Rechten zukommen [2]).

Ein Hauptargument gegen die Behauptung, dass die Vormerkung selbst ein dingliches Recht irgend welcher Art sei, liegt darin, dass nach § 902 B.-G.-B. Ansprüche aus eingetragenen Rechten der Verjährung nicht unterliegen. Diese Vorschrift ist aber nur auf endgültig eingetragene Rechte anzuwenden, was klar

[1]) Zustimmend Fischer-Henle S. 442, § 883, Anm. 7.
[2]) Vgl. § 5 ff. der Darstellung.

aus pos. arg. e contr. § 902 Abs. 2 B.-G.-B. hervorgeht. *) Zu definitiv gebuchten Rechten gehört aber die Vormerkung nicht. Demnach unterliegt sowohl sie selbst als auch das durch sie geschützte Recht der Verjährung. Zustimmend Biermann.[1]) Die Bedeutung dieser Norm als Gegenbeweis gegen die Konstruktion der Vormerkung als einer selbstständigen Belastung insbesondere fühlt auch Fuchs.[2])

Dagegen ist nicht stichhaltig als Gegenargument die Vorschrift des § 886 B.-G.-B.; denn dieser handelt nur von den peremptorischen Einreden gegen den „obligatorischen" Anspruch. Abweichend Oberneck[3]) und Biermann.[4]) Die Bestimmung des § 886 spricht lediglich gegen die Ansicht, dass durch die Vormerkung ein unbedingt-dingliches, also ein endgültiges Recht begründet wird, weil der obligatorische Anspruch noch einen Einfluss auf das Entstehen des künftigen Vollrechts hat.

Endlich ist auch ein Einwand Sekler's S. 13 völlig verfehlt. Er behauptet, es könne in § 887 Abs. 1 B.-G.-B. mit der Bezeichnung „Recht" nichts anderes als die Vormerkung, also nach Sekler das „Vormerkungsrecht," gemeint sein. Wäre die Vormerkung selbst ein Recht, so würde Satz 2 desselben Paragraphen, wonach die „Wirkung" der Vormerkung erlischt, anders redigiert sein. Gerade das Gegenteil kann man daraus schliessen: Es ist die Vormerkung nur ein Bucheintrag. Unter dem Worte „Recht" im § 887/1 ist aber nichts anderes zu verstehen als das „durch die Vormerkung gesicherte Recht", wie es sonst das Gesetz zu nennen pflegt; vgl. § 48 Z.-V.-G.; 884 B.-G.-B., 886 l. c. u. s. w.

---

*) Anderer Meinung: Cosack S. 54 und Sekler S. 34, in konsequenter Durchführung ihrer Auffassung.

[1]) S. 180, 3. [2]) Probl. S. 564 ff. [3]) S. 252; [4]) S. 174 und Sachenrecht § 884. Anm. 2.

III.

Was die „Terminologie" des Gesetzes betrifft, so spricht sie entschieden zu Ungunsten derjenigen, welche die Vormerkung als solche als ein dingliches Recht konstruiert wissen wollen. Das Gesetz redet jeweils nur von „Ansprüchen" oder „Rechten", welche „durch die Vormerkung gesichert" sind, so in § 884 und § 888 Abs. 1 B.-G.-B. mit §§ 9 Abs. 1, 48 Z.-V.-G.; diese vorgemerkten Rechte sollen nach § 48 Z.-V.-G. „wie eingetragene Rechte" berücksichtigt werden. Insbesondere steht § 24 K.-O. sowohl der äusseren Fassung als auch dem materiellen Inhalt nach der bezeichneten Ansicht entgegen. Der Konkursverwalter ist verpflichtet, eine Vormerkung auf ein Liegenschaftsrecht oder auf ein Recht an einem solchen Rechte zu berücksichtigen und den vorgemerkten Anspruch in natura zu befriedigen, so dass der Vormerkungsberechtigte durch die Erfüllung seines Anspruchs seitens des Konkursverwalters sogar noch „während" des Konkurses als Aussonderungs- bezw. Absonderungsberechtigter auftritt. Aus der erwähnten Vorschrift geht deutlich hervor [1]), dass nur die „Wirkungen" der Vormerkung denen eines dinglichen Rechtes entsprechen. Es ist aus § 24 K.-O. der konstitutive Charakter der Vormerkung unzweideutig erkennbar. Vergl. in diesem Sinne insbesondere Jaeger [2]). Sodann lässt die Bestimmung des § 439 Abs. 2 B.-G.-B. ihrer Fassung nach keinen Zweifel, dass die Vormerkung als solche kein eigenes dingliches Recht ist, sondern lediglich die „Entstehung" der dort genannten dinglichen Rechte garantieren soll. Würde ein anderer Wille des Gesetzes anzunehmen sein, so wäre sicherlich dieser Paragraph nicht derart redigiert worden, wie er jetzt vorliegt. Was von § 439 Abs. 2 zu sagen ist, gilt in gleicher Weise von der Fassung des § 1971, Abs. 2.

[1]) Näheres in § 7, III der Darstellung. [2]) S. 189 Anm. 4 und S. 192, Anm. 20.

Diese Vorschrift spricht ebenfalls für die Natur der Vormerkung als eines Sicherungseintrags. Wenn man unbefangen die zitierten Bestimmungen liest, so wird man gewiss diese Auffassung als zutreffend anerkennen. Die konsequente Haltung der Autoren des B.-G.-B. in der Redigierung der die Vormerkung betreffenden Normen und damit ihre Stellung zur Frage der Konstruktion der Vormerkung tritt unverkennbar zu tage. Fuchs [1]) gesteht in der Tat unumwunden zu, dass die Terminologie gegen ihn spreche. Die Vormerkung ist m. E. ebenso wenig ein Recht wie jeder andere Eintrag im Grundbuch, wie eine definitive Eintragung oder eine Löschung [2]). Während das Gesetz bei endgültig eingetragenen Rechten von „Aufhebung" und „Löschung" derselben redet, § 875 B.-G.-B., ist für den Fall eines vorgemerkten Rechtes die Spezialvorschrift des § 886 B.-G.-B. gegeben, demgemäss unter der Voraussetzung einer peremtorischen Einrede gegen den obligatorischen Anspruch die „Beseitigung" der Vormerkung vom Berechtigten verlangt werden kann. Natürlich muss noch die Löschung hinzutreten; denn „Aufhebung" und „Beseitigung" betreffen die materiell-rechtliche, die „Löschung" hingegen die formelle Seite. „Endgültige" Einträge werden demnach „aufgehoben" und „gelöscht", interimistische aber „beseitigt" und „gelöscht". Es ist dieser Unterschied in der Behandlung zwar nur ein „formeller", aber er ist sicherlich nicht ohne Grund gemacht worden. Vgl. Fuchs [3]).

Gegen die hier vertretene Auffassung könnte man allerdings geltend machen, dass die Vormerkung gerade in dem Abschnitt „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" behandelt ist. Allein hierauf ist zu erwidern, dass das Gesetz, falls es der Vormer-

---

[1]) S. 114, am Ende. [2]) Derselben Meinung Biermann und Othmer an verschiedenen Stellen, sowie Weigelt S. 83/4. [3]) S. 136, Anm. 4.

kung die Natur einer Belastung hätte zuerkennen wollen, dieses Institut ebenso wie das ihr nahe verwandte dingliche Vorkaufsrecht in einem besonderen Abschnitte geregelt hätte *). Im übrigen ist auch der Widerspruch in dem erwähnten Abschnitte behandelt und unbestritten kein dingliches Recht [1]), sondern gleich der Vormerkung eine interimistische Eintragung. Sodann kann auch die Vorschrift des § 888 Abs. 1 B.-G.-B. gegen die erwähnte Theorie angeführt werden. Auf Grund dieser Norm muss im Falle des mit der Vormerkung kollidierenden Erwerbs der Erwerber zu Gunsten des aus der Vormerkung Berechtigten seine Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung geben, „welche zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist." Daraus erhellt ein Doppeltes: Dass einerseits die Vormerkung als solche nichts weiter ist als ein Grundbuchvermerk; denn wäre sie ein dingliches Recht, so würde ein Widerspruch am Platze sein. Dieser Auffassung pflichtet auch das Kammergericht [2]) bei, indem es ausdrücklich erklärt, dass gegen einen Widerspruch oder gegen eine Vormerkung ein Widerspruch nicht eingetragen werden kann. Andererseits ist aus der genannten Vorschrift zu entnehmen, dass die Vormerkung kein definitives Recht zur Entstehung bringt.[3])

Stellt man sich auf den entgegengesetzten Standpunkt, dann kommt man, wie das Fuchs [4]) selbst zugibt, in eine „unversöhnliche Disharmonie zwischen Terminologie des Gesetzes und seinen dogmatischen Rechtswirkungen." Die Verfasser des B.-G.-B. haben eben der Vormerkung den Belastungscharakter ausdrücklich abgesprochen [5]) und dieses konsequent durchgeführt.

*) Vgl. die Selbstkritik Sekler's S. 11 Ziff. 1, der ohne weiteres zugibt, dass die Materialien, Systematik etc. gegen die von ihm vertretene Auffassung sprechen.

[1]) Vgl. Biermann S. 101|2; Weigelt S. 11 ff. [2]) K.-G. 28. I. 1901 in Mugdan-Falkmann's Rechtsprechung der O.-L.-G Band II S. 243. [3]) Vgl. § 8 der Darstellung. [4]) S. 114. [5]) Prot. Band IV. S. 586.

Sie ist nicht selbst ein dingliches Recht irgend welcher Art, sondern ihr Zweck ist es, die künftige Existenz bzw. die Änderung und den Untergang dinglicher Rechte zu garantieren. Daher ist sie ausgezeichnet durch konstitutive Rechtswirkungen.

Zum Beweis der Belastungsnatur wendet man ferner ein,[1]) dass für die Wirkungen — dieses Wort ist von entscheidender Bedeutung — des dinglichen Verkaufsrechts, welches kraft positiver Vorschrift § 1094 B.-G.-B. eine Belastung ist, die Normen über die Vormerkung nach § 1098 Abs. 2 massgebend sind. Dagegen ist geltend zu machen.[2]) dass die Ausübung des Vorkaufsrechtes nach seiner Natur an die Suspensivbedingung geknüpft ist, dass der Eigentümer das Grundstück wirklich veräussert. So lange dieser Fall nicht eintritt, kann auch das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden. Es sichert lediglich die künftige Übereignung und seine Konstruktion seitens des Gesetzes als Belastung ist aus diesem Grunde nicht als völlig einwandfrei zu bezeichnen. Zustimmend Plank[3]). In weiterer Linie ist darauf zu achten, dass die Vormerkung eine bestehende „Forderung" sichert und hinsichtlich ihres Inhaltes viel umfassender ist, als das Vorkaufsrecht. Nicht nur die Entstehung des Eigentums, sondern auch die Entstehung, Inhalts- und Rangänderung sowie das Erlöschen „begrenzter" dinglicher Rechte sollen durch die Vormerkung gewährleistet werden. Sodann ist noch ein tiefgehender Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten vorhanden, welcher eine Gleichstellung derselben als unzulässig erscheinen lässt[4]). Es erwähnt nämlich Fuchs[5]) selbst, dass das Vorkaufsrecht ein endgültiges, die Vormerkung[6]) nur ein vorläufiges, bedingtes Recht ist." In diesem Falle dürfte es rätlich

---

[1]) S. 115 oben und Probl. S. 562 ff. [2]) Vgl. auch § 4, IV. der Darstellung; [3]) S. 95. [4]) Zustimmend Biermann S. 172. [5]) S. 116, § 883, 10, [6]) vielmehr: das vorgemerkte Recht.

sein, sich streng an den Wortlaut des Gesetzes zu halten, wonach nur hinsichtlich der „Wirkungen" eine Gemeinschaft zwischen beiden Rechtsinstituten besteht.

Endlich halte ich es auch nicht für notwendig, die Vormerkung als dingliches Recht irgend welcher Art zu charakterisieren, wofern man nur einräumt, dass die Wirkungen in Ansehung des gesicherten Rechts qualitativ identisch sind mit denjenigen, welche das Gesetz den endgültig eingetragenen Rechten zuschreibt. Vgl. Othmer [1]) und Dernburg [2]).

Diese Erwägungen müssen dazu führen, eine scharfe Trennung eintreten zu lassen zwischen der rechtlichen Natur der Vormerkung und der des vorgemerkten Rechts. Hält man diese beiden Begriffe streng auseinander, dann wird man auch völlige Klarheit darüber erlangen, warum das Gesetz, ohne die Vormerkung selbst zu einem dinglichen Recht zu erheben, doch mit ihrer Eintragung eine rechtsgestaltende Wirkung verknüpfte. Denselben Standpunkt nimmt auch die bisherige Judikatur des Reichsgerichts [3]) ein. Aus diesem Grund habe ich es vermieden, meine Darstellung zu betiteln: „Die rechtliche Natur der Vormerkung." Dieselbe Erwägung hat mich ferner dazu bestimmt, das Wesen und die Wirkung der Vormerkung auch äusserlich in scharfer Weise zu trennen, d. h. gesondert zur Darstellung zu bringen.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist also dahin zusammenzufassen, dass die Vormerkung nichts anderes ist als ein „Sicherungseintrag im Grundbuch."

§ 4. Die mit der Vormerkung verwandten Rechtsinstitute.

Wesen, Zweck und Inhalt der Vormerkung tritt noch plastischer und schärfer hervor, wenn man sie mit ähnlichen Rechtsinstituten vergleicht, welche ebenfalls Sicherungszwecken dienen. Sodann ist es geradezu

[1]) S. 81; [2]) S. 151|2. [3]) R.-G. XXVII, S. 238.

geboten, ihre unterscheidenden Merkmale von anderen Sicherungseinrichtungen des Gesetzes noch besonders darzutun, weil die Vormerkung tatsächlich von mancher Seite bald dem einen bald dem anderen Rechtsinstitute teils völlig, teils nur in einzelnen Beziehungen gleichgestellt wird. Eine kurze vergleichende Betrachtung derselben dürfte daher wohl am Platze sein.

I.

Einschneidende Unterschiede ergeben sich zunächst zwischen der Vormerkung und dem Widerspruch [1]). Beide Institute waren im preussischen Rechte mit einander verschmolzen und zusammengefasst unter dem Namen: protestatio pro conservando iure et loco [2]). Allein die Kommission II. Lesung konnte sich nicht entschliessen, diesem Vorbilde zu folgen, weil fundamentale Unterschiede in Ansehung des Wesens und Inhaltes beider Rechtsbehelfe gegen eine Verschmelzung derselben sprechen.

Beide Gesetzesinstitutionen haben zwar gemeinsam, dass sie gegenüber den Gefahren der Verkehrslegitimation, welche dem im Grundbuch Eingetragenen zu statten kommt, einen wirksamen Schutz gewähren: beide sind Sicherungsmittel, beide vorläufige Einträge. Weigelt [3]) nennt sie „Sicherheitsventile am Maschinismus der Grundbucheinrichtung." Der Widerspruch soll ein schon bestehendes dingliches Recht bewahren, das nicht oder nicht richtig verbucht ist, z. B. eine vom Grundbuchbeamten aus Versehen gelöschte Dienstbarkeit §§ 894, 899 B.-G.-B. Der Widerspruch besitzt demnach eine deklaratorische, also rechtserhaltende Bedeutung.

---

[1]) Vgl. für das Folgende insb. Biermann S. 91 ff., 95 ff., 129 ff, Weigelt S. 10 ff.; Haidlen S. 73, § 883; Jaeger S. 189, § 24 Anm. 4; H. Neumann S. 448, § 883, I u. S. 462, § 899, 1 p; Fuchs S. 106 ff. [2]) Strittig; vgl. Näheres bei Biermann S. 5 ff., Stobbe-Lehmann S. 229. [3]) S. 14 ff.

Die Vormerkung hingegen soll persönliche Ansprüche auf Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung garantieren, d. h. noch nicht existente dingliche Rechte in der Zukunft erst begründen. Sie ist daher ein Rechtsbehelf, der mit einer rechtsgestaltenden Kraft ausgestattet ist. Die Vormerkung wirkt präventiv, der Widerspruch repressiv. Natürlich sind diese Bezeichnungen richtig aufzufassen: Die Vormerkung soll dem Umstande vorbeugen, dass Keimrechte während ihrer Entwickelung vernichtet werden, der Widerspruch aber soll eine bereits erfolgte Verletzung der bestehenden Rechtsposition z. B. infolge Löschung einer Hypothek auf Grund falscher Legitimationspapiere (Löschungsbewilligung) sanieren. Aus diesem Gesichtspunkte zerstört der Widerspruch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs § 892, Abs. 1, Satz 1, während dagegen der Vormerkung, die ein an sich noch nicht vorhandenes Recht erst zur Existenz bringen soll, diese Wirkung m. E. nicht zukommen kann [1]). Für die Richtigkeit vorstehender Auffassung dürfte auch die Terminologie des Gesetzes angeführt werden können. Es spricht im Falle des Widerspruchs von „Rechten an Grundstücken" etc. oder „Rechten" ohne weiteres vgl. §§ 894, 899 B.-G.-B., im Falle einer Vormerkung jedoch nur von einer „Sicherung von Ansprüchen" auf dingliche Rechtsänderungen vgl. § 885 Abs. 2 [2]).

Allein in der gesammten Litteratur dürfte Othmer [3]) mit seiner Auffassung stehen, welcher den soeben erörterten fundamentalen Unterschied beider Rechtsbehelfe völlig verkennt. Er behauptet: „Grund des Widerspruchs ist die ‚Herbeiführung' einer sachenrechtlichen Rechtsstellung . . . . . ; Grund der Vormerkung ist die Herbeiführung einer lediglich obligatorischen Rechtsposition."

---

[1]) Ausführlicheres in § 10 der Darstellung; zustimmend: Turnau-Förster § 886, Anm. 1; Oberneck S. 252; Weigelt S. 14. [2]) Derselben Meinung Biermann S. 129. [3]) S. 24.

In weiterer Linie ist die „Wirkung" des Widerspruchs eine „absolute" d. h. er übt seine Kraft gegen jeden Dritten aus dadurch, dass gegen den Widerspruch verstossende Verfügungen als von Anfang an nichtig anzusehen sind, während der Vormerkung nur eine „relative" Wirkung zukommt, insoferne als nachträgliche dingliche Rechtsänderungen nur dann der Unwirksamkeit verfallen, wenn sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen. Die beiden Kontrahenten riskieren eben dabei, dass die getroffene Verfügung ungültig wird mit rückwirkender Kraft, falls sich nachträglich die materielle Berechtigung des Vormerkungsberechtigten herausstellt. Jedoch eine „Grundbuchsperre" bewirkt weder die Eintragung einer Vormerkung *) noch die eines Widerspruchs. Denn es ist immerhin die Möglichkeit vorhanden, dass die Änderung der materiellen Rechtslage im ersten Falle mit Unrecht, im zweiten Falle mit Recht erfolgt ist und infolge dessen nachträgliche Verfügungen aufrecht erhalten bleiben. So Biermann [1]) und die übrige Litteratur.

Der ausgeprägte Unterschied beider Einrichtungen erhellt insbesondere beim Konkurs, indem der Konkursverwalter im Falle einer vor Konkurseröffnung eingetragenen Vormerkung dem Vorgemerkten gegenüber verpflichtet ist, dessen Anspruch in natura zu erfüllen, d. h. „materiell neues Recht zu schaffen" 24 K.-O. Im Falle eines Widerspruchs dagegen hat der Verwalter „das schon bestehende Recht anzuerkennen" und zu wahren [2]). Er muss eventuell dulden, dass z. B. eine irrtümlich gelöschte Hypothek wieder eingetragen wird.

Endlich ist für den Rang eines vorgemerkten Rechts das Datum der Eintragung der „Vormerkung" von entscheidender Bedeutung § 883 Abs. 3 B.-G.-B.; bei

---

*) Zustimmend Jaeger, 2. Aufl. S. 199, Anm. 18.

[1]) S 123. [2]) Vgl. Jaeger S. 119, Anm. 28 und S. 189, Anm. 4; 2. Aufl. S. 195, Anm. 6.

Rechten aber, gegen welche ein Widerspruch eingetragen ist, kommt lediglich der Rang des durch den Widerspruch geschützten, bereits vorhandenen dinglichen Rechts in betracht §§ 899, 894, 892 Abs. 1 B.-G.-B.

II.

Was die Ähnlichkeit der Vormerkung mit den eingetragenen Veräusserungsverboten [1]) betrifft, deren Wirkungen denen der Vormerkung von manchen Autoren gleichgestellt werden — sie nennen die Vormerkung ein qualifiziertes Veräusserungsverbot [2]) — so ist allerdings zu concedieren, dass beide Rechtsbehelfe einen wirksamen Schutz gegen nachteilige Verfügungen in Ansehung des gebundenen Rechtes gewähren sollen. Allein in dieser negativen Wirkung erschöpft sich die Bedeutung der Vormerkung nicht; vielmehr ist ihr Herrschaftsbereich umfangreicher bemessen, indem sie auch wichtige positive Funktionen ausübt. Dass die Vormerkung und das Veräusserungsverbot etwas wesentlich Verschiedenes sind, kommt auch äusserlich im Gesetz zum Ausdruck, nämlich in der getrennten Behandlung in den 2 Absätzen des § 888 B.-G.-B., wenngleich die Wirkungen beider Einrichtungen im vorliegenden Fall identisch sind.

Ferner bildet das Veräusserungsverbot einen „Sperrvermerk." Eine solche Eigenschaft ist aber der Vormerkung nicht zuerkannt, [3]) ihre Eintragung bedeutet, wie bereits dargelegt, keine Grundbuchsperre; vielmehr kann der Verpflichtete frei verfügen über das durch die Vormerkung gebundene Liegenschaftsrecht. Sogar eine der Vormerkung direkt zuwiderlaufende Verfügung kann eingetragen werden; sie wird jedoch ex tunc unwirksam.

[1]) Vgl. für das Folgende insbes. Joh. Neumann S. 454|9; Plank § 135, Anm. 1 und 2; Jaeger S. 110 ff., § 13 K.-O.; Biermann S. 181|2; Fuchs S. 111 ff., § 883, 7, a, cc; Strecker S. 115; vergl. auch Sekler S. 3|4. [2]) Siehe § 2, I, der Darstellung. [3]) In sachlicher Uebereinstimmung: Plank. S. 96; Dernburg III, S. 152; Jaeger S. 192, Anm. 18, Biermann S. 123 ff, Cosack II, S. 55; Strecker S. 114 und Andere.

Wiederum im Konkurs ist der weittragende Unterschied beider Rechtsinstitute bemerkbar. Ueber ein Recht, auf welches sich ein eingetragenes Veräusserungsverbot nach den §§ 135/6 B.-G.-B, bezieht, darf zwar nicht im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung eine widerstreitende Verfügung getroffen werden, wohl aber ist der Konkursverwalter befugt, ein Veräusserungsverbot mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern 13 K. O. zu ignorieren und uneingeschränkt über den Gegenstand desselben zu verfügen, was ihm im Falle der Eintragung einer Vormerkung nicht erlaubt ist § 24 K. O. [1])

Andererseits ist aber das Veräusserungsverbot insofern umfangreicher ausgestaltet, als es auch dingliche Rechte, nicht nur Forderungen auf Herbeiführung dinglicher Rechtsänderungen schützt, vergl. § 892, Abs. 1, Satz 2 mit § 888 Abs. 2 B.-G.-B. Die Wirkungen eines eingetragenen Veräusserungsverbotes [2]) sind eben bald schwächer, bald stärker und aus diesem Grunde ist eine Vergleichung beider Rechtsinstitute oder gar eine Identifizierung derselben gänzlich ausgeschlossen, Vergleiche auch die Protokolle [3]).

Was im speziellen vom Verhältnis der Veräusserungsverbote, natürlich der „nicht rechtsgeschäftlichen, also eintragungsfähigen", zur Vormerkung zu sagen ist, gilt auch von den „eingetragenen Verfügungsbeschränkungen" im allgemeinen, vgl. §§ 892 Abs. 1, Satz 2, 893, 894 B.-G.-B. Ihre Wirkung besteht in der Negierung der Verfügungsfähigkeit des Betroffenen, während die Vormerkung die volle Verfügungsbefugnis des mit der Vormerkung Belasteten lediglich beschneidet. Die grundsätzliche Divergenz beider Institute tritt endlich darin klar zu tage, dass die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung eine Grundbuchsperre bedeutet und die

---

[1]) Vgl. Jaeger S. 107 ff. [2]) Vgl. noch §§ 1136 B.-G.-B., 13, 47, 113/4 K.-O.; 10 Z.-V.-G. Eine ausführliche Darstellung gehört nicht in den Rahmen vorliegender Abhandlung. [3]) Prot. III S. 112 ff.

publica fides des Grundbuchs in Ansehung des betroffenen Rechts zerstört. Beide Eigenschaften sind indessen der Vormerkung vom Gesetz nicht beigelegt [1]).

III.

Man hat ferner die Vormerkung verglichen mit der Sicherungshypothek § 1184 ff. B.-G.-B., sowie der Arresthypothek § 932 C.-P.-O. [2]) Eine solche Auffassung findet sich auch in den Protokollen [3]) vertreten, wurde aber abgelehnt. Den Charakter eines Schutzmittels teilt allerdings die Vormerkung mit obigen Instituten. Ein einschneidender Unterschied ist aber darin gegeben, dass die Sicherungshypothek ein dingliches Recht ist, die Vormerkung hingegen lediglich eine Eintragung im Grundbuch, ausgestattet mit den Funktionen eines Sicherungsmittels. Was dann den Vergleich der Arresthypothek mit der Vormerkung betrifft, so ist schon der Zweck beider Einrichtungen ein kontrastierender. Während die Arresthypothek die Realisierung einer „Geldforderung" gewährleistet dadurch, dass eine Arrestvollziehung in das Grundstück oder in Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten z. B. das Erbbaurecht § 1017 Abs. 1 B.-G.-B. oder Art. 63, 67/9 E.-G. B.-G.-B., erfolgt und so eine Sicherungshypothek für die Forderung entsteht, garantiert die Vormerkung die Verwirklichung eines „persönlichen" Anspruchs auf bestimmte dingliche Rechtsänderungen. Vgl. Jaeger [4]). Bei einer Hypothek beansprucht man

---

[1]) Die Vormerkung gemäss § 883 Abs. 2 sichert nur gegen Verfügungen über das Grundstück, beschränkt aber nicht die Wirksamkeit einer nachträglich eingetragenen oder schon zur Zeit der Eintragung der Vormerkung bestehenden Verfügungsbeschränkung des eingetragenen Eigentümers. Entscheidung des K.-G. 7. IX. 1900 in Mugdan-Falkmann's Rechtsprechung der O.-L.-G. 1900, S. 410.

[2]) Vgl. §. 2, III. der Darstellung. [3]) Prot. III, S. 740 ff. [4]) S. 189, Anm. 3.

„Befriedigung“ aus dem verhafteten Gegenstand, bei der Vormerkung dagegen in erster Linie „Sicherung“. Diese Verschiedenheit lässt demnach eine Identifizierung beider Sicherungseinrichtungen als nicht zutreffend erscheinen. Sachlich zustimmend Plank [1]).

IV.

Sehr nahe liegt es, mit der Vormerkung das dingliche Vorkaufsrecht in Parallele zu ziehen. Diese Auffassung ist nicht sofort von der Hand zu weisen; denn das Gesetz selbst verweist in § 1098, Abs. 2 B.-G.-B hinsichtlich der „Wirkungen“ des dinglichen Vorkaufsrechts auf die Bestimmungen über die Vormerkung. Daraus zieht Fuchs [2]) den Schluss, dass die Vormerkung als solche eine Belastung sei. Dass jedoch diese Anschauung nicht die dem Gesetz entsprechende ist, habe ich bereits ausführlich dargelegt [3]). Allerdings erreicht man, wenn man sich eine Vormerkung auf Eigentumsübertragung eintragen lässt, seinen Zweck ebenso als durch die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechtes.

Hier möchte ich aber noch hinzufügen: Wenn schon der Erwerb des dinglichen Vorkaufsrechtes, nämlich durch Einigung des Berechtigten und Verpflichteten und Eintragung im Grundbuch nach § 873 B.-G.-B., anders geregelt ist wie bei der Vormerkung § 885 B.-G.-B., und andererseits das Vorkaufsrecht als Belastung in einem besonderen Abschnitt behandelt ist, wie das auch bei allen anderen dinglichen Rechten des B.-G.-B. konsequent durchgeführt ist, — es ist dies zwar nur ein äusserlicher, aber trotzdem nicht zu unterschätzender Unterschied —, so lässt sich hieraus m. E. der entgegenstehende Gesetzeswille unzweideutig erkennen.

Die Vormerkung ist demnach eine so eigenartige, individuell ausgestaltete und umfassende Einrichtung,

---

[1]) S. 95, § 883, Anm. 3. [2]) S. 114|5 und Probl. S. 562 ff. [3]) Vgl. § 3, III der Darstellung.

dass sie hinsichtlich ihres Wesens, ihrer Wirkung und ihres Zweckes unmöglich mit anderen, ähnlichen Rechtsinstituten auf gleiche Stufe gestellt werden kann.

Dritter Abschnitt.

Die Wirkung der Vormerkung.

§ 5. Die Wesensverwandlungswirkung der Vormerkung.

Wenngleich die Vormerkung als solche, wie oben dargelegt, weder den Charakter eines eigenen dinglichen Sicherungsrechts noch einer Belastung besitzt, so erfordert es doch die mit der Vormerkung verknüpfte Sicherungsidee, dass die Eintragung einer Vormerkung gewisse rechtserhebliche Folgen zu Gunsten des Vormerkungsberechtigten mit sich bringt. Denn der Zweck der Vormerkung wäre verfehlt, wenn der Aktivbeteiligte durch die Eintragung derselben nicht eine Verbesserung seiner materiellen Rechtslage erfahren würde. Er muss im stande sein, seine Anwartschaft auf das künftige Recht unter allen Umständen und ungeschmälert zu realisieren, so zwar, dass schädigende Einflüsse von dritter Seite seine Rechtsposition weder erschüttern noch gänzlich in Frage stellen können. Daher sind kraft positiver Gesetzesvorschrift an die Eintragung einer Vormerkung hinsichtlich des betroffenen Gegenstandes Wirkungen geknüpft, welche nur den Ausfluss dinglicher Rechte bilden, Wirkungen, welche die „sachliche“ Gebundenheit des durch die Vormerkung ergriffenen Grundstücks oder Grundstücksrechts unzweideutig erkennen lassen. Von keiner Seite wird auch bestritten, dass durch die Eintragung der Vormerkung der obligatorische Anspruch bedeutend verstärkt wird; während jedoch die grössere Anzahl dieser Autoren im Princip noch an der persönlichen Natur desselben festhält, geht eine Minorität in Erwägung der intensiveren Wirkungen des gesicherten Anspruchs weiter, indem sie der vorgemerkten Forderung den

Charakter eines ius ad rem beilegt. Allein eine solche Zwittererscheinung kennt das B.-G.-B. nicht. Eine rein obligatorische Natur kann aber eine Forderung nimmermehr besitzen, wenn sich ihr Einfluss auch auf dritte Personen erstreckt; denn eine solche Wirkung läuft der charakteristischen Eigenschaft der obligatorischen Rechte direkt zuwider: sie sind streng an die Personen des Berechtigten und Verpflichteten geknüpft; über die beiden Kontrahenten hinaus erstrecken sich ihre Wirkungen in keinem Falle. Eine einzige positive Ausnahme bildet der Vertrag zu Gunsten eines Dritten. Demnach ist schon aus diesem Grunde die Behauptung, das vorgemerkte Recht bleibe trotz der Eintragung der Vormerkung ein persönliches, unhaltbar.

Indessen kann sich die genannte Verbesserung der materiellen Rechtsstellung des Aktivinteressenten infolge der Eintragung der Vormerkung nicht auf den obligatorischen Anspruch auf Erfüllung beziehen, welchen er gegen seinen Kontrahenten hat; denn der Kreis der Pflichten des Letzteren wird durch die Eintragung der Vormerkung nicht erweitert, er ist und bleibt nur verpflichtet zur endgültigen Eintragung § 888 Abs. 1 B.-G.-B. Die Verbesserung der Rechtslage des Aktivinteressenten beruht vielmehr darin, dass Einwirkungen Dritter auf diesen Anspruch ohne nachteilige Folgen für den Berechtigten sind. Der Anspruch, welcher gegen den ursprünglich Obligierten geht, ist also durchaus nicht identisch mit dem Anspruch gegenüber Dritten. Zustimmend Biermann [1]).

Dem vorgemerkten Rechte kommen kraft Gesetzes Wirkungen zu, welche die gewöhnliche Ausstattung dinglicher Rechte bilden; es werden ihm eine Reihe positiver und negativer Funktionen beigelegt, welche eine Veränderung der materiellen Rechtslage des Aktiv-

---

[1]) S. 177|8.

interessenten herbeiführen *). Demnach muss der vorgemerkte Anspruch in seinem Wesen gänzlich umgestaltet, d. h. verdinglicht worden sein. Dies ist eine Folge der „**Transsubstantiationswirkung** der Vormerkung." Nur ist diese Bezeichnung cum grano salis zu verstehen. Eine „formale" Rechtskraft hat nämlich die Vormerkung, die ja nur ein Grundbuchvermerk ist, ebenso wenig, wie jeder andere Eintrag; wie kein Vollrecht entstehen kann, wenn die Einigung fehlt, so kann auch kein vorgemerktes dingliches Recht entstehen, wenn nicht die Vorschrift des § 885 Abs. 1 B.-G.-B. beobachtet ist.

Die hier ausgesprochene Auffassung von der Wirkung der Vormerkung scheint sich allmählich in der Litteratur durchzuringen. Auf diesem Standpunkt steht auch die Judikatur des Reichsgerichts. [1]) Es erkennt ausdrücklich an, „dass infolge der Eintragung der . . . . Vormerkung eine Aenderung der Sachlage eintritt, weil nunmehr der . . . . geltend gemachte Anspruch durch ein dingliches Recht an dem Grundstück geschützt ist." Zum Zwecke der Beweisführung ist es in Anbetracht der Bestrittenheit und Schwierigkeit der Materie unerlässlich, will man sich nicht der Gefahr einer petitio principii aussetzen oder in einen circulus vitiosus geraten, systematisch zu obigem Ergebnisse zu gelangen. Es wird deshalb geraten sein, den Weg der induktiven Methode zu beschreiten, d. h. aus den Einzelwirkungen, welche der Vormerkung beigelegt sind, auf ein einheitliches Princip zu schliessen, woraus sich dann sowohl die Gesetzesbestimmungen als notwendige Folgen ergeben als auch die nicht ausdrücklich geregelten Phänomene auf dem

---

*) In sachlicher Übereinstimmung Jaeger, 2. Aufl., S. 194|5, § 24, Anm. 2 und 3, wo von dem „einheitlichen Princip" gesprochen ist, dass die Vormerkung „als bedingte Rechtsänderung wirkt". Vgl. § 8 der Darstellung.

[1]) R. G. XXVII S. 240; vgl. Näheres § 8, I u. II d. Darstellg.

Gebiete der Vormerkung harmonisch erklären lassen, ohne dabei gegen den Geist und die Terminologie des Gesetzes zu verstossen. Zunächst soll nur auf die konstitutive Wirkung der Vormerkung eingegangen werden, ohne hiebei im Princip zu entscheiden, ob die dingliche Rechtsänderung bereits in unbedingter oder lediglich in bedingter Weise sich vollzogen hat, es müsste denn sein, dass am gegebenen Orte eine Trennung dieser Fragen untunlich erscheint.

§ 6 Die negativen Wirkungen der Vormerkung.

I.

Die erste rechtsvernichtende Wirkung der Vormerkung erhellt aus § 883 Abs. 2: „Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.“ Vor allem soll hier festgestellt werden, dass § 883 Abs. 2 in Ansehung der Wirkungen der Vormerkung den umfassendsten Charakter hat, insofern als er das Fundamentalprincip in der Lehre von der Vormerkung zum Ausdruck bringt: Er ist, kurz gesagt, „sedes materiae“. Denn wenn auch diese Vorschrift in erster Linie „negative“ Wirkungen des vorgemerkten Rechts enthält, so müssen doch, falls der Anspruch realisiert werden soll, auch „positive“ Funktionen dem gesicherten Recht zukommen; daher sind die übrigen positiven Bestimmungen wesentlich nur „Ausflüsse dieses generellen, negativen Princips.“

Es wird auf Grund obiger Norm durch die Eintragung der Vormerkung der obligatorische Anspruch in einer Weise verstärkt und mit solchen einschneidenden Wirkungen ausgestattet, dass er unmöglich mehr seinen anfänglichen, persönlichen Charakter besitzen kann. Auf den durch die Vormerkung gesicherten An-

spruch sind die nur den dinglichen Rechten eigentümlichen, materiellrechtlichen Wirkungen übertragen, nämlich ihre gegen jedermann sich äussernde negative Kraft. Vergl. in diesem Sinne auch Fuchs [1]). Selbst Biermann [2]) concedirt, „dass das Recht des Berechtigten durch die Eintragung der Vormerkung eine Verbesserung, einen Zuwachs erfährt."

Und um den Charakter dieser vorgemerkten Forderung noch vollends ausser Zweifel zu stellen, bestimmt § 888 Abs. 1 B.-G.-B.: „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts etc. gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist." Durch diese den § 883/2 nach der positiven Seite hin ergänzende Vorschrift hat das Gesetz die konstitutive Rechtswirkung der Vormerkung unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Es wird die Kraft des obligatorischen Rechts über die Person des ursprünglich Verpflichteten hinaus ausgedehnt und ihm jene absolute Tendenz verliehen, welche das typische Merkmal der dinglichen Rechte bildet.

Die Hauptbedeutung dieser Norm beruht darin, dass für den Berechtigten eine unentziehbare Anwartschaft auf das künftige Vollrecht statuiert wird. Denn alle Verfügungen, welche von der Eintragung der Vormerkung an über das Grundstück oder das Recht getroffen werden, sind relativ unwirksam, insofern sie nämlich das vorgemerkte Recht vereiteln oder beeinträchtigen würden. Solche vormerkungswidrige Verfügungen können tatsächlich eingetragen werden und zwar, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, mit voller rechtlicher Wirksamkeit, weil die Vormerkung keine Grundbuchsperre im Gefolge hat. Der Wert der Vormerkung

[1]) S. 114, letzter Absatz. [2]) S. 156.

liegt nun darin, dass derartige widerstreitende Rechtsänderungen wieder rückgängig gemacht werden können. Dem Aktivinteressenten sind gegenüber allen Verfügungen, welche seiner Stellung irgendwie Eintrag tun könnten, vom Gesetz § 888 Abs. 1 B.-G.-B. mit § 19 G.-B.-O. Mittel an die Hand gegeben, kraft deren er in diesem Falle unter allen Umständen den status quo wiederherzustellen im stande ist, ohne eine Verletzung oder Schmälerung seines Rechts befürchten zu müssen. In Erwägung dieser Rechtsposition des Berechtigten in Ansehung der Integrität des vorgemerkten Rechts kann man nicht in Abrede stellen, dass mit dem vorgemerkten Anspruch „wesentliche" Veränderungen erfolgt sind. Denn er wirkt nun gegen „Dritte" derart, als ob das verletzte Recht zur Zeit der Eintragung der Vormerkung bereits als dingliches Recht bestanden hätte. Es ist diese Wirkung ein untrügliches Symptom, dass der persönliche Anspruch infolge der Eintragung der Vormerkung in ein dingliches Recht umgewandelt worden ist.

Wäre das vorgemerkte Recht obligatorischer Natur, so würde der Betroffene, falls er über dasselbe zum Nachteil des Berechtigten eine Verfügung getroffen hätte, in die Unmöglichkeit versetzt, den obligatorischen Anspruch gegenüber dem Aktivinteressenten zu erfüllen; es käme daher nach den allgemeinen Grundsätzen nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Betracht. Dieser misslichen Situation soll aber der Vorgemerkte nicht ausgesetzt sein; es soll der Betroffene immer noch im stande sein, den vorgemerkten Anspruch zu realisieren, d. h. die betreffende Eintragung oder Löschung bewirken können; die Forderung gegenüber dem Passivinteressenten bleibt demnach unverändert, also auch ohne eine „Erweiterung" zu erfahren, bestehen; was aber gegen den Dritterwerber wirkt, das ist die „Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts"; denn die Rechtsposition des Dritten wird durch die Geltendmachung

des Anspruchs seitens des Vorgemerkten vernichtet. Es spricht daher auch dieses Moment dafür, dass das Grundstück selbst infolge der Vormerkung mit Beschlag belegt ist, der Berechtigte demnach eine „Sachherrschaft" inne hat.

Zustimmend erwähnt Dernburg[1]), dass der Anspruch infolge der Vormerkung das Grundstück dinglich belaste. Prägnant kommt obige Anschauung auch bei Engelmann[2]) zum Ausdruck: „Die Vormerkung bewirkt eine dingliche Belastung des Grundstücks oder eingetragenen Rechts. Denn derjenige, welcher das Grundstück oder das eingetragene Recht erwirbt, muss nach dem Grundsatz: res transit cum sua causa, das vorgemerkte Recht wider sich gelten lassen". Für die Wesensverwandlungswirkung der Vormerkung treten ferner ein Cosack[3]): „Die Vormerkung verhilft einem Forderungsrecht zu dinglicher Kraft und schafft so, dessen Wirkungen verstärkend, ein völlig neues dingliches Recht", sodann Fuchs[4]), Jaeger[5]), Endemann[6]) und an zahlreichen Stellen Othmer[7]). Sogar Biermann[8]) erkennt in Ansehung der Wirkungen der eingetragenen Vormerkung an, dass ein Anspruch, für den eine Vormerkung eingetragen ist, in seiner Wirkung verschieden ist von dem nicht vorgemerkten und dass die Wirkungen der Vormerkung zum teil solche sind, wie sie das B.-G.-B. den dinglichen Rechten beilegt. Die Gesetzesbestimmungen reden eben eine zu wuchtige Sprache, als dass man diese Wirkungen ableugnen könnte. Biermann ist also im wesentlichen mit der Transsubstantiationswirkung der Vormerkung einverstanden. Siehe in demselben Sinne auch Fuchs[9]). Aus obigen zitierten Aussprüchen Biermann's muss

[1]) S. 150; [2]) S. 499|500 [3]) S. 54,17 § 7, IV, 1; [4]) S. 110 ff., § 883, III, 6 u. Probl; [5]) S. 189; Insb. 2. Aufl. S. 194|5 Anm. 2 und 3 zu § 24. [6]) S. 253, II, § 65, Ziff. 3. [7]) Insb. S. 80; [8]) S. 170; [9]) Probl. 563 ff.: Sachlich zustimmend.

sich konsequenter Weise ergeben, dass das vorgemerkte Recht, nachdem das B.-G.-B eine verstärkte persönliche Forderung nicht kennt, kein obligatorisches mehr ist. An einer anderen Stelle behauptet indessen Biermann [1]), dass aus der relativen Unwirksamkeit nichts wesentliches für die Natur der Vormerkung (soll heissen: des vorgemerkten Rechts) als eines bedingten dinglichen Rechts entnommen werden kann. Er begründet seine Behauptung damit, es könne davon, dass die Unwirksamkeit der Verfügungen auch von anderen als dem Vorgemerkten geltend gemacht werde, schlechterdings keine Rede sein. Gewiss ist in dieser Hinsicht Biermann [2]) völlig beizutreten gegenüber Fuchs [3]), welcher von einer „objektiven" Nichtigkeit einer Verfügung spricht, die der Vormerkung widerstreitet. Ich stehe schon aus dem Grunde auf der Seite von Biermann, weil doch die Vormerkung ihren Sicherungszweck vollkommen erreicht, wenn sie den „unmittelbaren Interessenten" schützt, eine weitergehende Funktion hat sie aber nicht. Sodann dürfte auch die Terminologie des § 888 Abs. 1 einer solchen Auffassung im Wege stehen. Jedoch ist gegenüber der Behauptung von Biermann zu konstatieren, dass es auch dingliche Rechte „subjektiv-persönlicher" Natur gibt, z. B. kann dies der Fall sein beim dinglichen Vorkaufsrecht §§ 1094 Abs. 1, 1103 Abs. 2 oder bei einer Reallast § 1105 Abs. 1 B.-G.-B. Obwohl diese Grundstücksrechte zu Gunsten einer individuell bestimmten Person bestellt werden können, sind sie trotzdem „dingliche" Rechte. Dieser Einwand ist demnach nicht stichhaltig. Die Behauptung, dass die Vormerkung dinglich wirke [4]), ist an sich zwar richtig, gibt aber keine Lösung der Streitfrage.

Zugegeben muss allerdings werden, dass das Mass

---

[1]) S. 172 ff. [2]) S. 157|8; [3]) S. 112, § 883, 7, a. cc; [4]) Biermann S. 184; Plank S. 95; Strecker S. 114; Weigelt S. 24 u. S. 60; vgl. auch § 2, I der Darstellung.

der Wirkungen des vorgemerkten Rechts eingeschränkt ist, insoferne als demselben nicht die gesammte Menge derjenigen Funktionen zukommen, mit welchen sonst die dinglichen Rechte ausgestattet sind. Allein wir haben es hier nicht mit einem „qualitativen", sondern lediglich mit einem „quantitativen" Unterschied zu tun. Daher ist es nicht gerechtfertigt, dem vorgemerkten Rechte die Dinglichkeit überhaupt abzusprechen. Vielmehr ist aus dem Intensitätsunterschied vorläufig eingetragener und definitiv gebuchter Rechte mit Sicherheit zu schliessen, dass durch die Vormerkung noch kein endgültiges, kein unbedingt dingliches Recht zur Entstehung gekommen ist. Vergl. § 8 der Darstellung.

Man führt ferner gegen die konstitutive Wirkung der Vormerkung die Vorschrift des § 886 B.-G.-B. ins Feld [1]), wonach dem durch die Vormerkung Betroffenen alle peremptorischen Einreden gegen den persönlichen Anspruch verbleiben, auf Grund deren er die „Beseitigung" der Vormerkung verlangen kann. Allein § 886 spricht, wie schon einmal erwähnt [2]), lediglich vom näheren Inhalt des obligatorischen Anspruchs, aber durchaus nicht von dem Inhalt des dinglichen Rechts, welches infolge der Eintragung der Vormerkung entstanden ist. Die Bestimmung des § 886 B.-G.-B nimmt einzig Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Kontrahenten. Ist z. B. der auf ungerechtfertigter Bereicherung beruhende Anspruch auf Rückauflassung verjährt, so braucht der Betroffene diese Forderung § 194 B.-G.-B. nicht nur nicht zu erfüllen, sondern er kann sogar die Beseitigung der Vormerkung verlangen.

Ebensowenig ist der folgende Einwurf berechtigt, der von gegnerischer Seite [3]) gemacht wird. Man behauptet, die Regel des § 885 Abs. 2 wäre überflüssig,

---

[1]) Neumann S. 448, § 883, IV; Strecker S. 120, IV; Turnau-Förster S. 174, Ziff. 2|3 u. 5, § 886; Oberneck S. 252. [2]) § 3 II. am Ende. [3]) Biermann S. 180, 1 These; Weigelt S. 83, u. A.

wenn das vorgemerkte Recht ein dingliches wäre, denn dann würde bereits nach § 874 B.-G.-B. dasselbe gelten. Selbst wenn sich dieser Einwand gegen die Konstruktion eines eigenen dinglichen Vormerkungsrechtes oder gegen die Belastungsnatur der Vormerkung wenden soll, ist er unzutreffend. Noch viel weniger kann hieraus aus obigen [1]) Gründen irgend etwas gegen die Annahme der Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts abgeleitet werden. Sekler's Einwand auf Seite 89, wonach § 887 B.-G.-B. nicht verständlich wäre, wenn der Anspruch sich durch die Vormerkung in ein dingliches Recht verwandeln würde, ist bereits damit erledigt, was ich in § 3. III. der Darstellung gesagt habe. Im Gegenteil streitet § 887 verbis: „Wirkung der Vormerkung" zu Gunsten der Transsubstantiationswirkung der Vormerkung.

In weiterer Linie führt man als Gegengrund gegen die rechtsgestaltende Wirkung der Vormerkung die Bestimmung des § 889 B.-G.-B. an, wonach ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlischt, dass der Eigentümer des Grundstückes das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt: Fall der consolidation. Dies gelte für die Vormerkung nicht [2]). Hierauf ist zunächst zu erwidern, dass eine Gesetzesvorschrift für diese Behauptung nicht beigebracht werden kann. Aber abgesehen davon verstösst eine solche Argumentation gegen den Zweck der Vormerkung, die künftige Entstehung dinglicher Rechte zu sichern. Eine solche Vormerkung, z. B. eine Hypothekenlöschungs-Vormerkung, die sich in der Person des Grundstückseigentümers vereinigt, etwa weil ihm durch Vermächtnis die Schuld erlassen worden ist, erlischt nicht, sondern sie wird gemäss dem Sicherungszweck der Vormerkung gegenstandslos.

Sodann kann auch aus dem Umstande, dass An-

[1]) § 3, II der Darstg. in der Mitte. [2]) Biermann S. 180, 2. These.

sprüche aus einer Vormerkung „anerkanntermassen" der Verjährung nicht unterliegen [1]), nichts gegen die rechtsändernde Natur der Vormerkung geschlossen werden. Vergl. § 3. II der Darstellung: denn das durch die Vormerkung erzeugte dingliche Recht ist noch kein definitiv gebuchtes, sondern nur ein vorläufig eingetragenes Recht. Es kann dieser Einwand lediglich für die Widerlegung der Behauptung dienen, dass die Vormerkung selbst sich als ein endgültiges dingliches Recht qualifiziert: dann spricht diese Bestimmung aber auch gegen die Annahme, dass die Transsubstantiationswirkung der Vormerkung sich in unbedingter Weise vollzieht, wie das Othmer [2]) behauptet.

II.

Eine weitere negative Wirkung, welche der Vormerkung zukommt, besteht darin, dass der Erbe des Verpflichteten sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann § 884 B.-G.-B. Kommt es über das vorgemerkte Recht zu einer prozessualen Auseinandersetzung, so kann der Erbe in Ansehung des gesicherten Anspruchs nicht die Beschränkung seiner Haftung im Urteil sich vorbehalten lassen § 780 Abs. 1 C. P., vielmehr haftet er ipso iure unbeschränkt. Aber nur der Erbe des ursprünglich Obligierten, nicht wie Endemann [3]) irrtümlicher Weise behauptet, der Erbe des Dritterwerbers kann sich nicht auf die Insuffiziens des Nachlasses stützen: er ist zur Naturalerfüllung verbunden dadurch, dass er die endgültige Eintragung bzw. Löschung selbst vornehmen muss; denn er rückt kraft Gesetzes in die Rechtsposition des Erblassers ein. Zustimmend Biermann [4]).

Diese Bestimmung entsprang praktischen Erwägungen. Wie die Protokolle beweisen, wurde die genannte Vor-

[1]) Biermann S. 180, 3. These. [2]) S. 79 80. [3]) S. 253, Anm. 21; [4]) S. 161 ff.

schrift aus dem Grunde als unentbehrlich angesehen, weil man dem vorgemerkten Recht analoge Vorteile und Wohltaten einräumen wollte wie den Pfandrechten. Vergl. §§ 1137 Abs. 1 Satz 2 und 1211 Abs. 1 Satz 2 mit § 770 B.-G.-B.

Im Näheren liegt die Frage der Erbenhaftung im Falle einer Vormerkung folgendermassen[1]). Durch Ausschlussurteil und Ausschlussfrist § 1971 Abs. 2, 1974 Abs. 3 werden Nachlassgläubiger, die durch eine Vormerkung an einem Nachlassobjekt gesichert sind, überhaupt nicht betroffen. Von den aufschiebenden Einreden kann der Erbe des Verpflichteten ebenfalls keinen Gebrauch machen, falls die Vormerkung „vor" dem Eintritt des Erbfalls eingetragen worden ist. Vergl. § 782 ff C. P. O. Das hat zur Folge, dass der Erbe nicht mit Zwangsmitteln angehalten werden kann, nach dem Erbfall die Eintragung einer Vormerkung zu bewilligen oder den Anspruch aus einer so erlangten Vormerkung zu befriedigen; wohl aber kann er sie aus freien Stücken gewähren. Vergl. Fuchs[2]). Was dann die sogenannte „Unzulänglichkeitseinrede oder nach Fuchs[3]), die Einrede der „Herausgabebereitschaft" betrifft, so kann sie der Erbe des Verpflichteten gegenüber einer „nach" Eintritt des Erbfalls erlangten Zwangsvormerkung geltend machen arg. § 1990 Abs. 2; vergl. §§ 1991/2 B.-G.-B. Für diesen Fall greift demnach die Bestimmung des § 884 B.-G.-B. nicht Platz.

Der § 884 ist von principieller Bedeutung, er ist nicht, wie Weigelt[4]) behauptet, überflüssig. Es stellt vielmehr, wie auch Fuchs[5]) richtig erwähnt, § 884 in Ansehung der Stellung des vorgemerkten Rechts im Erbfall den Fundamentalsatz auf, da für die anderen Fälle in denen sich der Erbe auf die Beschränkung seiner

---

[1]) Vgl. für das Folgende Fuchs S. 123 ff., § 884 und Jaeger S. 712 ff. § 221 K.-O. [2]) S. 125|6 § 883, Anm. 4; [3]) S. 126, c; [4]) S. 33; [5]) S. 126 am Ende.

Haftung berufen kann, Spezialvorschriften gegeben sind. Infolge dieses Momentes erhält § 884 erst seine richtige Bedeutung. Abweichend Biermann[1]) und Neumann[2])

Als Gegenbeweis gegen die Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts wird die Bestimmung des § 1971 B.-G.-B. ins Feld geführt.[3]) Man sagt, der § 1971 unterscheide zwischen Gläubigern, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben und solchen, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind. Wenn nun die Vormerkung ein dingliches Grundstücksrecht wäre, so wäre ihre besondere Hervorhebung entbehrlich. Darauf ist zu erwidern,[4]) dass die ratio legis dahin geht, solche Keimrechte für den Fall, dass sie wirklich endgültig entstehen, zu schützen. Daher werden dem vorgemerkten Recht dieselben Vergünstigungen zugesprochen wie den Grundstückspfandrechten. Es trifft demnach die zitierte Norm lediglich das künftige Vollrecht und nicht die Vormerkung, welche die künftige Existenz des Vollrechts garantieren soll. Das aber lässt sich aus § 1971, insbesondere im Hinblick auf die Fassung desselben, wiederum entnehmen, dass die rechtsändernde Wirkung der Vormerkung nicht in unbedingter Weise eintritt.

Was den „Nachlasskonkurs[5]) betrifft, so geht mit seiner Eröffnung die Sachlegitimation hinsichtlich des Nachlasses auf den Konkursverwalter über § 6 Abs. 2 K. O. Dieser muss dem Vormerkungsberechtigten, falls die Vormerkung „vor" dem Eintritt des Erbfalls erlangt worden ist, Naturalerfüllung[6]) leisten §§ 883 Abs. 2 884, 888 Abs. 1 B.-G.-B. mit §§ 14 Abs. 2, 24 K. O.[7]) Eine nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der „einst-

[1]) S. 171 ff.; [2]) S. 449, § 884, Ziff. 1; [3]) Biermann, 6. These, S. 180; [4]) Vgl. auch § 3, III der Darstellung. [5]) Vgl. Jaeger S. 711 ff., § 221, II. [6]) S. 190, § 24, Anm. 11; [7]) Näheres § 7, III der Darstellung.

weiligen Verfügung“ erlangte Vormerkung ist nach § 221 Abs. 2 K. O. unwirksam. Wohl aber kann eine „freiwillig“ gewährte Vormerkung die Entstehung eines Absonderungsrechts herbeiführen, gleichgültig, ob die Vormerkung vor oder nach dem Erbfall erworben worden ist. Vergl. Jaeger [1]). Eine von Erben oder Erbenvertreter „bewilligte“ Vormerkung lässt Jaeger [2]) auch im Nachlasskonkurs gelten, einerlei, ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch eine „Nachlassverbindlichkeit“ oder eine „eigene Schuld“ des Erben ist. Anderer Meinung Fuchs [3]). Der Ansicht Jaeger's dürfte m. E. der Vorzug zu geben sein, weil sie dem Willen des Gesetzes wohl allein gerecht wird.

Da somit für den Fall einer „vor“ dem Erbfall erlangten sowie „nach“ dem Erbfall, aber freiwillig vom Erben gewährten Vormerkung auch für die Nachlasskonkursgläubiger das Konkursprincip der par condicio creditorum § 12 K. O. durchbrochen wird, so muss diese Durchbrechung ihren innerlichen Grund darin haben, dass das vorgemerkte Recht keine gewöhnliche Konkursforderung, ist, sondern seinem Wesen nach schon „vor“ der Konkurseröffnung als dingliches, wenn auch nur bedingt-dingliches Recht bestanden hat. Angenommen, das vorgemerkte Recht wäre eine Konkursforderung, so müsste sich der Vormerkungsberechtigte mit der Konkursdividende begnügen; das würde aber gegen den Sicherungszweck der Vormerkung verstossen und sohin das ganze Institut der Vormerkung illusorisch machen. Dieser Erwägung ist zweifellos die Entstehung der §§ 221, 24 K. O. zuzuschreiben.

Wenn Biermann [4]) behauptet, der § 884 bedeute nichts weiter, als dass der Erbe völlig an die Stelle des Erblassers treten solle, wie Biermann dies auch im Falle des § 24 K. O. [5]) von der Stellung des Konkursver-

[1]) S. 190, § 24, Anm. 11; [2]) S. 716, Anm. 9; [3]) S. 123, § 844, Anm. 1; [4]) S. 171; [5]) S. 164.

walters sagt, und dass der Erbe nicht mehr Pflichten haben solle als sein Erblasser, so steht eine solche Auffassung im strikten Gegensatz zur Tendenz des Gesetzes. Gerade weil der Konkursverwalter keine Einwirkung auf den vorgemerkten Anspruch haben soll, sondern ihn erfüllen muss, weil ferner die Rechtsposition des Erben gegen eine „vor" dem Erbfall an einem Nachlassobjekt erlangte Vormerkung nicht, wie sonst, durch Gestattung der Anwendung von Haftungsbeschränkungsmitteln begünstigt werden, sondern das allgemeine Haftungsbeschränkungsprincip durchbrochen werden soll, gerade daraus spricht die positive und dingliche Natur des vorgemerkten Rechts.

Im Verlauf dieser Darstellung ist mehrfach auf die enge Wechselbeziehung zwischen Zweck und Wirkung der Vormerkung hingewiesen worden. Alle Vorschriften, welche im Interesse des Vormerkungsberechtigten gegeben sind, basieren auf dem Sicherungszweck der Vormerkung. Wenn man demnach den dinglichen Charakter des vorgemerkten Rechts leugnet, so muss man m. E. konsequent verfahren und auch den Sicherungszweck der Vormerkung bestreiten. Dieser steht aber unbestritten fest, und die Vormerkung kann auf Grund dessen ihre Mission nur erfüllen, wenn kraft der Eintragung der Vormerkung eine Wesensverwandlung der Forderung in ein dingliches Recht sich vollzieht; denn der Sicherungszweck der Vormerkung wäre verfehlt, wenn ein vorgemerktes Recht denselben Gefahren ausgesetzt wäre wie jede andere Forderung.

§ 7. Die positiven Wirkungen der Vormerkung.

I.

Der leitende Gedanke des Gesetzgebers, in der Vormerkung ein Schutzmittel zu Gunsten der Integrität eines erst in der Entstehnng begriffenen dinglichen Rechts zu schaffen, musste konsequenter Weise, wie bereits

oben [1]) erwähnt, einen weiteren Ausdruck darin finden, dass der Gesetzgeber sich nicht lediglich mit den negativen Wirkungen, mit welchen er die Vormerkung ausgestattet hat, begnügen konnte, sondern ihr auch eine Reihe von Wirkungen positiver Natur zukommen liess. Das Gesetz erwähnt als erste aktive Wirkung der Vormerkung in § 888 Abs. 3 B.-G.-B.: „Der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung." Diese Norm ist nur ein Ausfluss des in § 883 Abs. 2 mit § 888 Abs. 1 enthaltenen Fundamentalprincips. Sachlich zustimmend Plank[2]) u. Biermann[3]); denn auf dem Wege, der durch die erwähnten Paragraphen vorgezeichnet ist, erreicht man praktisch ebenso sein Ziel. Zweifellos würde z. B. dadurch, dass eine Rentenschuld, welche definitiv eingetragen worden ist, eine zu der Zeit des endgültigen Eintrags bereits vorgemerkte Rentenschuld infolge der Vordatierung der ersteren beeinträchtigt, was insbesondere bei der Zwangsversteigerung in Ansehung der ranggemässen Befriedigung deutlich hervortritt. Demgemäss könnte der Vormerkungsberechtigte mittelst der §§ 883 Abs. 2, 888 Abs 1 die Beeinträchtigung seiner Rechtsposition nachträglich zu nichte machen. Es ist demnach § 883 Abs. 3 scheinbar ebenso überflüssig wie § 884; denn auch die Einrede der beschränkten Haftung würde eine Verschlechterung der Rechtsposition des Aktivinteressenten bedeuten. Indessen ist aus einem anderen Gesichtspunkte heraus § 883, III von Wert. Man mag immerhin Biermann concedieren, dass diese Vorschrift auch im Interesse einer zweckmässigen Abkürzung des Verfahrens aufgestellt ist; dieses Moment dürfte ebenfalls eine Rolle gespielt haben. Hauptsächlich aber wird die genannte Norm ein Beleg dafür sein, dass an die Eintragung einer Vormerkung Wirkungen geknüpft sind, welche

[1]) Vgl. § 6, I der Darstellung; [2]) S. 95; [3]) S. 160.

eine unmittelbare Veränderung der materiellen Rechtslage für den Berechtigten im Gefolge haben; § 883, III stellt die Wesensverwandlungswirkung der Vormerkung völlig klar [1]).

Diese Vorschrift lässt sich ausschliesslich dann verstehen, wenn man den Angelpunkt in der Lehre von der Vormerkung, ihren Sicherungszweck ins Auge fasst. Zustimmend erklärt Biermann [2]), dass sich aus diesem Zweck der Vormerkung alle ihre Wirkungen erklären lassen. Da das Gesetz die Vormerkung nur als einen vorläufigen Bucheintrag angesehen wissen will [3]), so hat es auch hinsichtlich der Rangbestimmung durch die Vormerkung eine besondere Norm aufgestellt, abweichend von dem Grundsatz des § 879 B.-G.-B. Aber nichts destoweniger gewährt auch die Vorschrift des § 883, III durch Vormerkung gesicherten Rechten analoge Vergünstigungen wie solchen bereits definitiv gebuchten Rechten, welche durch diese Eintragung schon ihren Eingang ins Grundbuch gefunden haben, ohne dass ihre Existenz materiell, nämlich infolge des Fehlens der nach § 873 erforderlichen Einigung, vorhanden ist. Treffen nun die Voraussetzungen des § 873 ein, dann bestimmt § 879 Abs. 2, dass die Eintragung für die Rangbestimmung massgebend sein soll. Dieser Wohltat soll auch im Falle einer Vormerkung das durch sie sicher gestellte, künftige Vollrecht teilhaftig werden: es wird das künftige Vollrecht bereits durch die Eintragung der Vormerkung, wenn auch als bedingtes dingliches Recht begründet. Freilich sind die §§ 879, II und 883, III dann illusorisch, wenn die Einigung 873 l. c. beziehungsweise die Bewilligung 885 l. c. nicht zu Stande kommt. Die Vormerkung hat ebenso wenig „formale" Rechtskraft wie eine endgültige Eintragung oder Löschung. Wird die nach § 885, I erforderliche Bewilligung nachträglich

[1]) Zustimmend Fuchs, S. 113, Anm. 8; [2]) S. 183 am Ende. [3]) Vgl. § 3, I der Darstellung.

nicht erteilt oder gerichlich erzwungen, so ist eben das vorgemerkte Recht nie vorhanden gewesen: Die „Bewilligung“ ist in gleicher Weise wie die „Einigung“ ein Essentiale für den Erwerb des betreffenden Rechts. Es liegt demnach eine Verkennung der ratio legis vor, wenn man behauptet [1]) die Vorschrift des § 883/III wäre für die unbedingt- bzw. bedingt-dingliche Natur der Vormerkung (soll heissen des vorgemerkten Rechts) nur dann entscheidend, wenn sich der Rang des Rechts an und für sich nach der Entstehung desselben richtete, denn dann liesse sich sagen: Das Recht ist mit der Eintragung der Vormerkung entstanden. Dies sei aber nicht der Fall nach § 879/II B.-G.-B. Sodann widerstreiten diese Ausführungen dem Sicherungszweck der Vormerkung. Endlich ist obige Argumentation auch unter dem Gesichtspunkte anfechtbar, weil § 879 Abs. 2 nicht den Normalfall darstellt; denn in der Regel geht die Einigung der Eintragung voraus.

II.

In strenger Durchführung der mit der Vormerkung unzertrennlich verbundenen Sicherungsidee hat der Gesetzgeber eine weitere Konsequenz aus dem in § 883 Abs. 2 enthaltenen Hauptprincip gezogen, demzufolge eine Zwangsmassregel über das durch die Vormerkung gebundene Grundstück oder Recht nur unbeschadet des ungeschmälerten Fortbestehens des vorgemerkten Rechts ergehen kann. Fällt das Grundstück der Zwangsversteigerung zum Opfer, so muss auch der auf Grund einer Vormerkung Berechtigte in genügender Weise gegen Entziehung oder Beeinträchtigung seines künftigen Vollrechts geschützt sein. Er muss so gestellt sein, als wäre sein Recht bereits definitiv entstanden. Aus dieser Erwägung ist § 48 Z. V. G. hervorgegangen, welcher bestimmt: „Bedingte Rechte sind wie unbedingte, Rechte,

[1]) Biermann, S. 172.

die durch Eintragung ..... einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen". Mit dieser Norm steht in Konnexität die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Z. V. G., wonach als Beteiligte im Zwangsversteigerungsverfahren auch diejenigen gelten, „für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist". Zunächst geht sowohl aus der äusseren Fassung — Rechte, welche durch eine Vormerkung gesichert sind — als auch aus dem materiellen Inhalt dieser Normen unzweifelhaft hervor, dass ein durch eine Vormerkung geschütztes Recht durch deren Eintragung zwar in ein dingliches Recht, aber nicht in ein endgültiges dingliches Recht umgewandelt worden ist, sondern lediglich ein bedingtes, ein sogenanntes „Keimrecht" ist. Zustimmend Jäckel[1]). Nach seiner Auffassung „dürfen auch die in der Entstehung begriffenen Rechte, die als solche an dem Grundstück bereits bestehen, durch die Zwangsversteigerung nicht benachteiligt werden." Derselben Auffassung ist Wolff[2]): „Die Vorschrift hat nur Bedeutung, wenn durch die Vormerkung ein neues Recht am Grundstück entsteht"; ferner Cosack[3]) und Othmer [4]): Sie alle huldigen sachlich der Auffassung von der Transsubstantiationswirkung der Vormerkung.

Da mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass solche Keimrechte sich zu Vollrechten entwickeln durch Umschreibung in definitive Rechte, so erfordert es der Sicherungszweck der Vormerkung, dass durch Vormerkung gesicherte Rechte der Feststellung des geringsten Gebots zu Grunde gelegt werden müssen, d. h. dem Deckungsprincip des § 44 Abs. 1 l. c. unterworfen sind, falls das sichergestellte Recht dem betreibenden Gläubiger im Range vorangeht. Selbst Biermann [5]) räumt ein, dass in diesem Fall die Vormerkung (vielmehr:

---

[1]) S. 178, § 48. [2]) S. 117, § 48. [3]) S. 54. [4]) S. 66. [5]) S. 170.

das vorgemerkte Recht) durchaus einem bedingten dinglichen Recht gleichgestellt wird. Daraus ergibt sich, dass Biermann für diesen Fall die Wesensverwandlungswirkung der Vormerkung nicht leugnet. A. a. O. [1]) behauptet er jedoch, es ergebe sich aus § 48 l. c., „dass die Vormerkungen (soll wohl heissen: vorgemerkte Rechte) eben nicht eingetragene Rechte sind". Dieses Argument ist nicht stichhaltig, weil sich diese Vorschrift nicht auf den persönlichen Anspruch bezieht, sondern lediglich auf das künftige Vollrecht, auf dessen Realisierung man gefasst sein muss. Othmer [2]) vertritt die Anschauung, dass die Vormerkung das Recht in unbedingter Weise erzeugt. Allein dagegen spricht einerseits die Terminologie des Gesetzes — denn durch Vormerkung gesicherte Rechte sind nie unbedingte — andererseits aber auch der Geist des Gesetzes. Wäre ein durch eine Vormerkung sichergestelltes Recht ein unbedingtes, so würde seine ausdrückliche Hervorhebung im Falle des § 48 Z. V. G. überflüssig erscheinen.

Was nun das Detail in dieser Frage betrifft, so dürfte sich dasselbe folgendermassen [3]) gestalten; eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Aus § 48 l. c. mit § 45 l. c. erhellt, dass der Vormerkungsberechtigte sein Recht nicht anzumelden braucht, wofern nur der zu Grunde liegende Anspruch als zurecht bestehend nachgewiesen ist[4]). Denn dasselbe ist aus dem Grundbuch ersichtlich und wenn es auch kein unbedingtes, d. h. definitives Recht ist, so ist es immerhin ein gebuchtes, wenn auch bedingtes Recht. Vorausgesetzt wird natürlich, dass das vorgemerkte Recht wirklich als Vollrecht existent wird. Fällt die Suspensivbedingung aus oder ist das unter

[1]) S. 180, These 5. [2]) S. 80 u. a. a. O. [3]) Vergl. für das Folgende insbes. Jäckel S. 173 ff.; Joh. Neumann S. 457 ff.; Fischer-Schäfer S. 254/5; Wolff S. 117; Fuchs S. 116; Strecker S. 118. [4]) Sachlich zustimmend Jäckel S. 173; Fuchs S. 117; Cosack S. 25 Z. 5.

eine Resolutivbedingung gestellte Recht infolge des Eintritts derselben erloschen, so hat gemäss den Versteigerungsbedingungen, vergl. §§ 50, 51 l. c., der Ersteher des Grundstücks ausser dem Bargebot auch noch den Kapitalbetrag zu zahlen, um welchen sich der Wert des Grundstücks erhöht dadurch, dass die Bedingung weggefallen ist. Ist das vorgemerkte Recht in das geringste Gebot mit einbezogen worden und nicht durch Zahlung zu decken, so muss es nach § 52 Abs. 1 l. c. vom Ersteher übernommen werden; es bleibt sonach bestehen und wirkt gemäss § 883 Abs. 2 mit § 888 Abs. 1 B.-G.-B. gegen den Ersteher. [1]) Wird es nicht mit übernommen, z. B. wenn es dem betreibenden Gläubiger nachgeht und der Uebergang der Vormerkung kraft Vertrags des Vormerkungsberechtigten mit dem Ersteher vereinbart ist, vergl. §§ 91 Absatz 1 und 2 l. c mit § 59 l. c., so erlischt es eben mit dem Zuschlag geradeso wie jedes andere dingliche Recht, ausser es steht der Zwangsversteigerung entgegen und ist als solches entgegenstehendes Recht angemeldet worden, §§ 52 90 Abs. 1 l. c. Ein ausgefallener Vormerkungsberechtigter hat lediglich auf den Rest des Versteigerungserlöses § 92 l. c. im eventuellen Verteilungsverfahren Anspruch, wenn alle ihm im Range vorgehenden Realgläubiger befriedigt sind, vgl. §§ 119, 120 mit 114 l. c., 109 Abs. 2 l. c.

Die bisher gemachten Ausführungen gelten zwar für alle Vormerkungen auf Liegenschaftsrechte, auch für die sogenannte „Auflassungsvormerkung“ oder, richtiger gesagt, „Eigentumsvormerkung“; jedoch wird letztere zweckmässiger, nämlich wegen der Präjudizialität einer anderen Frage, a. a. O.[2]) behandelt werden.

Aus den §§ 48, 9 Abs. 1 Z. V. G. tritt ein Prinzip klar zu tage: Es soll nach der Absicht des Gesetzes

---

[1]) Uebereinstimmend: Fuchs S. 116 und Weigelt S. 22/3; ferner R. G. VII S. 177 ff.; XXVII, 238 ff. [2]) Siehe § 9, II der Darstellung.

die Entstehung eines dinglichen Rechts in der Weise gewährleistet werden, dass das vorgemerkte, an sich nur bedingte Recht als ein „unbedingtes“ dingliches Recht in betracht gezogen wird. Es sind in diesem Sinne die zitierten Normen so deutlich abgefasst und ihre Tendenz so unverkennbar, dass über die konstitutive Wirkung der Vormerkung ein Zweifel gar nicht aufkommen kann; es ist § 48 Z. V. G. unbestritten der stärkste Beweis für die Transsubstantiationswirkung der Vormerkung; er dokumentiert die Wesensgleichheit des vorgemerkten Rechts und des künftigen Vollrechts. Selbst die entschiedensten Gegner der hier vertretenen Auffassung können jene Wirkung im Falle des § 48 Z. V. G. nicht bestreiten. Vgl. insbesondere Biermann.[1])

III.

Das Konkursrecht stellt in betreff der Vormerkung zwei wichtige Normen auf. Es bestimmt in § 24 K. O., dass der Konkursverwalter einen durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch in Ansehung eines für den Kridar eingetragenen Grundstücksrechts oder eines Rechts an einem solchen Recht dem geschützten Gläubiger gegenüber erfüllen muss. Ferner ist ein aus einer Vormerkung Berechtigter den Wirkungen eines Zwangsvergleichs hinsichtlich seines vorgemerkten Rechts nicht ausgesetzt § 193 K. O. Auf Grund beider Bestimmungen ist der Vormerkungsberechtigte der misslichen Situation eines Konkursgläubigers entrückt. Die zitierten Normen sind wiederum lediglich ein Ausfluss der negativen Wirkung der Vormerkung, sie verdanken ihre Entstehung der konsequenten Durchführung des in § 883 Abs. 2 mit § 888 Abs. 1 B.-G.-B. verkörperten allgemeinen Prinzips. Im speziellen ist ohne Zweifel für die Aufstellung genannter Vorschriften auch der Umstand massgebend gewesen, dass ein Vormerkungsberechtigter im

[1]) S. 170.

Konkurs in gleich günstiger Weise behandelt werden soll wie im Zwangsversteigerungsverfahren.

In betreff der Casuistik ist Folgendes von Wichtigkeit. Unbestritten steht fest,[1]) dass „nach" dem Ausbruch des Konkurses Absonderungs- und Aussonderungsrechte grundsätzlich weder mit noch ohne Zutun des Gemeinschuldners erworben werden können §§ 15 u. 7 K. O. Indem nun § 24 l. c. noch während des Konkurses die Entstehung eines Absonderungs- wie Aussonderungsrechts zulässt, ist das Konkursprinzip der par condicio creditorum, wie es in den §§ 15, 12 K. O. zum Ausdruck kommt, in Ansehung eines durch eine Vormerkung geschützten Anspruchs durchbrochen. Es muss der Konkursverwalter das vorgemerkte Recht in der Weise respektieren, dass er zu dessen Erfüllung in natura verbunden ist. Ja der Verwalter kann sogar gezwungen werden, das sichergestellte Recht dem Vormerkungsberechtigten endgültig einzuräumen, indem auf Grund der §§ 24 K. O., 888 Abs. 1 B.-G.-B. verbunden mit den §§ 894, 896, 898 C.P.O. die Verurteilung des Verwalters zur Realisierung eines solchen Rechts erwirkt werden kann. Gemäss § 24 K. O. wird dem Aktivinteressenten eine Vorzugsbefriedigung, welche auf einen „bestimmten" Gegenstand abzielt, „infolge" der Eintragung der Vormerkung gewährt, er ist nicht auf die Befriedigung aus dem „gesamten" konkursbefangenen Vermögen des Kridars angewiesen; sein Recht bleibt durch die Eröffnung des Konkurses völlig intakt. Diese Regelung ist auch durchaus logisch, da die Vormerkung den betreffenden Anspruch doch „sichern" soll. Würde der Vormerkungsberechtigte sich mit der Konkursdividende begnügen und somit das Schicksal eines Konkursgläubigers teilen müssen, dann könnte man doch unmöglich behaupten, seine Rechtsposition sei eine völlig

[1]) Vgl. für das Folgende Jaeger: S 177/8, § 14; S. 119/21, § 14; S. 105/6, § 12; S. 188 ff., § 24; S. 639, § 193, sowie 2. Aufl. § 24, S. 194 ff.

geschützte. Wenn aber die Vormerkung einen Gläubiger, der sonst nur Konkursgläubiger wäre, von den nachteiligen Wirkungen des Konkurses befreit, dadurch dass sie ihn zu einem „bevorrechtigten" Gläubiger macht, so muss sich infolge der Eintragung der Vormerkung die Rechtslage des Aktivinteressenten materiell geändert haben: es muss der betreffende Gläubiger eine Sachherrschaft inne haben, also ein „dinglich" Berechtigter sein. Der obligatorische Anspruch ist demnach durch die Eintragung der Vormerkung in ein dingliches Recht umgewandelt worden, er hat den Charakter einer gewöhnlichen Konkursforderung abgestreift. Es ist infolgedessen § 24 K. O. ein weiterer Beleg für die Transsubstantiationswirkung der Vormerkung. Übereinstimmend mit diesem Resultat erwähnt Jaeger:[1]) „Der Wert der Vormerkung liegt darin, dass sie den vorgemerkten Anspruch über das Niveau der Konkursforderungen erhebt . . . . ." Selbst Biermann[2]) erklärt ausdrücklich unter Hinweis auf die §§ 65. 67. 154. 156, 168 K. O., dass „eine durch eine Vormerkung gesicherte Forderung bei Konkurseröffnung nicht wie eine gewöhnliche Konkursforderung" obigen Normen untersteht; ja er räumt sogar im Falle des § 24 die Entstehung eines „Absonderungsrechtes" ein.[3])

Was von § 24 zu sagen ist, gilt in gleicher Weise für § 193 Satz 2 K. O.; auch hier ist der geschützte Gläubiger als Absonderungsberechtigter in einen kontrastierenden Gegensatz zu den Konkursgläubigern gestellt.

Eine andere Frage hingegen ist es, ob die „vor" Konkursbeginn erlangte Vormerkung unter dem Gesichtspunkte der Anfechtung vom Verwalter beseitigt werden

---

[1]) S. 194, § 24, Anm. 13 u. Anm. 15 ebenda: „Da der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch selbst ‚keine' Konkursforderung ist . . . ." Ebenso 2. Aufl. S. 197, Anm. 13 u. S. 198, Anm. 15. [2]) S. 164; [3]) S. 200.

kann; diese Frage ist zweifellos zu bejahen. Vergl. § 29 ff. K. O. Zustimmend Jaeger.[1])

Wie schon kurz bemerkt, kommt in den einschlägigen Bestimmungen ein Prinzip zum Ausdruck. Das Wahlrecht, welches der Konkursverwalter gemäss § 17 K. O. ausüben kann, cessiert gegenüber einem vorgemerkten Recht. Der Grund, warum der Verwalter erfüllen muss, liegt eben in der dinglichen Natur des gesicherten Rechts. Indessen wird diese Wirkung der Vormerkung von mancher Seite bestritten.

Hauptsächlich Biermann tritt gegen die hier vertretene Auffassung auf. Er wendet ein:[2]) „K. O. 24 wäre entbehrlich, wenn die Vormerkung (gemeint ist: das vorgemerkte Recht) ein dingliches Recht an dem Grundstück wäre. Denn dann würde sie auch ohne diese Bestimmung im Konkurse wirken". Sodann behauptet er a. a. O.[3]) „Die wichtigste Bestimmung der K. O. über die Vormerkung, der § 24 derselben, ist dagegen für die Frage, ob die Vormerkung (vielmehr: das vorgemerkte Recht) ein dingliches Recht ist, geradezu belanglos. Denn er besagt nur, dass der Vorgemerkte vom Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs in gleicher Weise verlangen kann wie vom Gemeinschuldner. Derselbe obligatorische Anspruch, der sich gegen den Schuldner richtete, richtet sich jetzt gegen den Konkursverwalter; auf diesen obligatorischen Anspruch soll im Gegensatz zu anderen Ansprüchen der Konkurs nicht einwirken, der Anspruch soll so bleiben wie zuvor. Dieses Unverändertbleiben spricht aber gewiss nicht dafür, dass der Anspruch zum dinglichen Rechte wird". Hierauf ist zu erwidern: Gerade weil der Konkurs auf das Wesen des vorgemerkten Rechts keinen Einfluss ausüben soll und demnach auch gegenüber dem Konkursverwalter wirkt, so zwar, dass Letzterer verpflichtet ist, den geschützten Anspruch in natura d. h.

[1]) S. 190, Anm. 12; [2]) S. 180, These 4; [3]) S. 170.

„wesentlich“ unverändert und ungeschmälert zu erfüllen, gerade das spricht für die Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts. Der Gesetzgeber hat mit Absicht das Konkursprinzip der Verlustgemeinschaft in Ansehung eines durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs durchbrochen. Diese Eigenschaft des § 24 wird jedoch von manchen Autoren geleugnet, so von Oberneck,[1]) Biermann[2]) noch in seinem Sachenrecht, Strecker[3]) und insbesondere von Othmer,[4]) letzterer hauptsächlich deshalb, um seine Theorie, wie später gezeigt werden soll, aufrecht erhalten zu können. Die herrschende Lehre indessen spricht sich für den Ausnahmecharakter des § 24 K. O. aus. Vgl. Jaeger,[5]) Wilmowski,[6]) Plank,[7]) Fuchs,[8]) Turnau-Förster,[9]) Biermann[10]) in seiner Monographie, auch Kober S. 80, 6 b. und Weigelt[11]). Was sollte denn § 24 K. O. anders bedeuten? Die ratio legis liegt m. E. klar auf der Hand. § 24 steht unter dem Titel: „Erfüllung der Rechtsgeschäfte.“ Prinzipiell ist nach § 17 l. c. bei beiderseits unerfüllten Verträgen dem Verwalter ein „Wahlrecht“ — das ist kein „Rücktrittsrecht“, wie einige meinen, z. B. Fuchs[12]) Othmer,[13]) Strecker.[14]) Weigelt;[15]) richtig Jaeger[16]) Biermann[17]) — eingeräumt. § 24 muss nun mit § 17 in Parallele gezogen werden. § 24 ist tatsächlich etwas Abnormes, Regelwidriges, es ist eine Vorschrift des ius singulare. Es soll der Verwalter im Falle einer Vormerkung trotz des Konkurses und noch während des Konkurses den gesicherten Anspruch zu erfüllen verpflichtet sein. Das ist der wahre Kern der Vorschrift

---

[1]) S. 258; [2]) S. 37, § 886, Anm. 2; [3]) S. 115|6 noch mit Rücksicht auf die alte K.-O.; [4]) S. 57|8; [5]) S. 192, Anm. 21 u. 22, 2. Aufl., S. 199|200, Anm. 20, 21. 22; [6]) S. 115, § 24; [7]) S. 101 § 888, Anm. 1; [8]) S. 118, § 883, Anm. 13; [9]) S. 159, § 883, II, 4; [10]) S. 164; [11]) S. 20; [12]) S. 118; [13]) S. 107/8; [14]) S. 116; [15]) S. 20; [16]) S. 192, Anm. 21, 2. Aufl., S. 199, Anm. 20, 21, 22; [17]) S. 164, IV.

des § 24, der auch logisch vollüberzeugend wirkt. Eine andere ratio legis ist mir schlechthin undenkbar.

A. a. O. meint Biermann,[1]) die Stellung der Vormerkung im Konkurse sei von geringer Bedeutung; denn dass sie ein Absonderungsrecht gewähre, sei lediglich eine Folge ihrer Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren. Vergleicht man diese Ausführungen mit einer anderen Stelle[2]) kurz vorher, wo Biermann einräumt: „Am meisten spricht für die Natur der Vormerkung (soll heissen: des vorgemerkten Rechts) als eines dinglichen Rechts ihre Behandlung im Zwangsversteigerungsverfahren", so müsste doch konsequenter Weise aus diesen beiden Sätzen der Schluss gezogen werden, dass das vorgemerkte Recht als ein dingliches anzusehen ist. Allein schon aus dem Grunde, weil Biermann zugesteht, dass die Vormerkung ein Absonderungsrecht im Konkurs gewährt, muss man zu diesem Resultate kommen. Denn „Absonderungsrechte" sind untrügliche Symptome der Dinglichkeit. Auf Grund dieser Darlegungen dürfte es nicht mehr zweifelhaft sein, dass an die Eintragung einer Vormerkung rechtsgestaltende Wirkungen in Ansehung des gesicherten Rechts geknüpft sind.

Eine Reihe von Autoren leugnen die Entstehung eines „Aussonderungsrechts," § 43 K. O. teils ausdrücklich, teils dadurch, dass sie lediglich des „Absonderungsrechtes" § 47 K. O. Erwähnung tun. So Biermann[3]), Kober,[4]) Strecker,[5]) Joh. Neumann[6]) und Weigelt[7]). Dieses Vorgehen ist mir unverständlich. Wie will man z. B. im Konkurs ein vorgemerktes Recht auf Löschung einer Hypothek oder auf Einräumung einer Grunddienstbarkeit bezeichnen? Im ersteren Falle liegt eine bedingt gelöschte Hypothek vor, vgl. §§ 1179, 1177 B.-G.-B., im letzteren Falle ist das Entstehen einer Servitut unter eine Suspensivbedingung ge-

[1]) S. 170; [2]) S. 170, oben; [3]) S. 200 u. Sachenrecht § 884. Ziff. 2 f.; [4]) S. 80, § 883, V, 6, b; [5]) S. 116; [6]) 456 ff; [7]) S. 19.

stellt. Solche vorgemerkte Rechte begründen sicherlich doch keine Absonderungsrechte. Man mag immerhin bei diesen vorgemerkten Rechten den Ausdruck „Aussonderungsrecht“ nicht gebrauchen; auf die Äusserlichkeit der Benennung kommt es ja nicht so sehr an. Im Wesen entwickelten sich obige Ansprüche tatsächlich zu „Aussonderungsrechten;“ denn zur Existenz kommt eine Grunddienstbarkeit, also kein Grundstückspfandrecht, welches eine vorzugsweise Befriedigung gewährt; andererseits begründet ein Anspruch auf Aufhebung einer Hypothek ebenfalls gewiss keine „abgesonderte“ Befriedigung. Diese Auffassung ist auch so ziemlich die herrschende in der Litteratur. Sie wird insbesondere vertreten von Jaeger[1])*), Cosack,[2]), Fuchs[3]), Seuffert[4]) und Othmer.[5]) Auch die Denkschrift,[6]) welche ganz allgemein von der im Konkurs durch den Verwalter zu erfolgenden Erfüllung des gesicherten Anspruchs handelt, erwähnt lediglich: „Eine solche Vorschrift ist für die Konkursordnung in Aussicht zu nehmen.“ Kurz, es würde § 24 K. O. die Arten der Vormerkung nicht erschöpfen, wenn lediglich ein Absonderungsrecht beabsichtigt wäre. Zustimmend Jaeger[7]). Zu bemerken ist hier noch, dass jemand, der auf Grund einer Vormerkung als Absonderungsberechtigter auftritt, natürlich ausserdem noch in Ansehung seiner persönlichen Forderung gegenüber dem Kridar Konkursgläubiger sein kann § 64 K. O.

Absonderungsrechte wie Aussonderungsrechte sind aber unverkennbare Anzeichen für die Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts; denn wenn auch Aussonderungsrechte auf Grund „obligatorischer“ Herausgabeansprüche entstehen können, so beruht doch, wie Fuchs[8]) zutreffend

---

[1]) S. 191, Anm. 14 u. a. a. O.; [2]) § 170, Ziff. 1 d; [3]) S. 177.; [4]) S. 177; [5]) S. 63 ff. [6]) S. 182, vgl. auch Haidlen S. 73, § 884 [7]) S. 191, Anm. 14; [8]) S. 112, a).

*) Ebenso zutreffend 2. Aufl. S. 197|8, Anm. 14.

sagt, „in diesen Fällen die Aussonderungspflicht nicht sowohl auf einem dinglichen Recht des Aussondernden, als vielmehr auf dem Mangel des dinglichen Rechts auf Seiten der Masse."

Noch ein Moment möchte ich des Zusammenhangs wegen bereits hier kurz berühren. Jaeger[1]) erwähnt ganz richtig: „Der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch . . . . . entwickelt sich mit der endgültigen Eintragung . . . . . je nach seiner Natur zu einem Aussonderungs- oder Absonderungsrechte." Diese Auffassung, welche sowohl materiell mit § 24 K. O. harmoniert als auch der Fassung dieses Paragraphen völlig Rechnung trägt, will offenbar bedeuten, dass die Vormerkung noch kein endgültiges, kein unbedingtes dingliches Recht zur Entstehung bringt. Dieser Anschauung ist entschieden beizutreten.[2]) Othmer[3]) spricht sich dagegen aus. Er behauptet, dass bereits im Augenblick der Konkurseröffnung das betreffende Recht als „unbedingtes" entstanden*) sei. Das widerspricht aber, wie bereits dargelegt, in erster Linie der Terminologie des Gesetzes. Othmer fühlt das auch, indem er erklärt, die Form des § 24 lasse ohne weiteres den wahren Rechtsvorgang nicht erkennen. Würde durch die Eintragung einer Vormerkung eine „unbedingte" Wesensverwandlung eintreten, so würde eine besondere Sicherung des betreffenden Rechts überflüssig erscheinen, also § 24 K.-O. entbehrlich sein. Es wäre dann das Institut der Vormerkung überhaupt bedeutungslos. Im übrigen ist es auch nicht notwendig, eine definitiv-dingliche Existenz des vorgemerkten Rechts anzunehmen; denn man kann einen Anspruch auf Einräumung etc. eines dinglichen Rechts doch dadurch hin-

[1]) S. 191, Anm 14; S. 192, Anm. 20 und ebenda Anm. 17; [2]) Vgl. Näheres § 8 der Darstellung; [3]) S. 63|4.

*) Gegen diese Auffassung mit Recht Jaeger, 2. Aufl. S. 195, Anm. 3.

reichend sicherstellen, dass man ihm unter einer Bedingung sein Entstehen absolut gewährleistet. Aus diesem Gesichtspunkte heraus erklärt sich auch die Redaktion des § 24 K. O. Besonders aber erscheint die genannte Auffassung unhaltbar, wenn eine Löschung oder Inhaltsänderung eines dinglichen Rechts, z. B. einer Hypothek im Falle des § 1179 B.-G.-B. in betracht kommt. Die erwähnte Theorie ist zunächst undenkbar, weil ein endgültig eingetragenes Recht erst dann untergegangen ist, wenn es „gelöscht" ist. § 875 B.-G.-B. Nach Othmer's Anschauung wäre jedoch der notwendige Formalakt der Löschung entbehrlich. Das ist aber nach der Gesetzesvorschrift unmöglich. Es ist immer die Umschreibung nach § 875 erforderlich, damit die Veränderung der materiellen Rechtslage definitiv und vollwirksam eintritt. Die „einseitige" Bewilligung (§ 875 Abs. 2) des Berechtigten allein genügt dazu nicht. Sie gibt lediglich einen Anspruch auf Löschung. Eine weitere Konsequenz aus dieser irrigen Auffassung wäre auch, dass die Existenz des § 888 Abs. 1 B.-G.-B. illusorisch würde. Schon daraus, dass dieser Paragraph wegfallen müsste, erhellt deutlich, dass jene Ansicht abzulehnen ist. Es bringt vielmehr diese Bestimmung den einzigen Anspruch zum Ausdruck, den der Vormerkungsberechtigte noch gegen den ursprünglich Verpflichteten hat, nämlich die Forderung auf Umschreibung in ein definitives Recht. Endlich wäre es auch unbillig, der Vormerkung die Kraft zuzusprechen, ein unbedingtes dingliches Recht zu begründen: es kann ja der Anspruch auf Umschreibung vielleicht noch von einer Gegenleistung, etwa von der Zahlung des Kaufschillings im Falle der Eigentumsvormerkung, abhängig sein; es kann auch der Realisierung des Rechts der Umstand im Wege stehen, dass der persönliche Anspruch mit einer peremptorischen Einrede behaftet ist u. s. w. Kurz, es würde diese Theorie zu einer Umgehung des Eintragungsprinzips führen, da endgültige Einträge über-

flüssig sein würden. Eine „vorläufige“ Eintragung könnte demnach ebenso gut ein Vollrecht erzeugen. Ein solches Vorgehen verstösst aber direkt gegen das Gesetz.

Konsequenterweise hat nun Othmer,[1]) um seine Konstruktion zu stützen, dem § 24 K. O. die Eigenschaft absprechen müssen, dass er das Konkursprinzip der par condicio creditorum durchbreche. Über diesen Punkt ist bereits oben ausführlich gesprochen worden. Nach Othmer bräuchte der Konkursverwalter während des Verfahrens nicht mehr zu erfüllen, weil der Anspruch schon voll existent wäre. Diese Auffassung führt sonach zu einem Konflikt mit den Gesetzesvorschriften. Aus diesem Grunde ist sie zu verwerfen.

Zum Schlusse wären noch einzelne wichtige Fragen hinsichtlich der Bedeutung der Vormerkung auf dem Gebiete des Konkursrechts zu erörtern. Die Vormerkung muss im allgemeinen immer „vor“ der Konkurseröffnung eingetragen sein. Jedoch berechtigt der dem Wechselinhaber gegenüber dem Akzeptanten im Falle des Konkurses des Letzteren aus dem Wechsel zustehende Hypothekentitel, die Eintragung einer Vormerkung auch nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Akzeptanten zu verlangen § 29 W. O. im Gegensatze zu § 14 Abs. 2 K. O. Dies fordert der Zweck der Vorschrift des § 29 W. O., insbesondere im Konkurse des Akzeptanten die Rechtsposition des Wechselinhabers zu schützen. Eine weitere Ausnahme macht der Fall des § 7, Abs. 1. Satz 2 K. O. mit § 15 Satz 2 l. c. Indessen ist für diesen Fall ein Anfechtungsrecht des Verwalters gegeben § 42 K. O.

Prinzipiell sind Zwangsvormerkungen, welche auf Grund einer einstweiligen Verfügung erlassen worden sind, „während“ der Dauer des Konkursverfahrens und zwar in das konkursbefangene Vermögen zu Gunsten einzelner „Konkursgläubiger“ untersagt, vergl. § 885

[1]) S. 57 ff.

B.-G.-B., §§ 941, 942 Abs. 2 C. P. O., § 39 G. B. O. Sie sind „absolut" unwirksam und bedürfen daher nicht erst der Anfechtung seitens des Konkursverwalters. Vgl. Jaeger.[1]) Letzterer[2]) rechnet auch solche Zwangseinträge, welche auf Grund einer fingierten Bewilligung des Kridars als Passivinteressenten nach § 895 C. P. O. erfolgt sind, unter das Verbot des § 14 Abs. 2 K. O., entsprechend der ratio legis. Vgl. auch § 25 Satz 2 G. B. O. Dieser Auffassung ist vollkommen beizutreten. Anderer Meinung Wilmowski.[3]) Indessen erstreckt sich dieses Verbot regelmässig nur auf die Kontrahenten des „Gemeinschuldners" § 7 Abs. 1 K. O. Dagegen ist eine vom Verwalter § 6 l. c. einem Kontrahenten des Letzteren freiwillig § 885 B.-G.-B. als auch auf Grund einer fingierten Bewilligungserklärung § 895 C. P. O. des Verwalters eingeräumte Vormerkung m. E. zulässig. Denn die Bestimmung des § 14 Abs. 2 K. O. erstreckt ihre Wirkung lediglich auf die „Konkursgläubiger". Kontrahenten des Verwalters sind aber „Massegläubiger" § 59 Ziff. 1 l. c. und diesen ist zweifellos eine solche Zwangsvormerkung gestattet.

Weiter führt Jaeger[4]) einen Fall an, wo der Kridar bereits zur Zeit der Eröffnung des Konkurses zur Eintragung einer Vormerkung durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil verurteilt worden war. Hier kann eine Vormerkung nicht eingetragen werden. Der Kläger hat daher nur eine einfache Konkursforderung, die er in Geld liquidieren kann § 69 K. O. Wie verhält es sich aber mit dem Fall, wo der Kridar bereits „vor" Konkurseröffnung rechtskräftig nach § 894 C. P. O. verurteilt worden und der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung beim Grundbuchamt § 13 Abs. 2 G. B. O.

---

[1]) S. 120/1, § 14; [2]) S. 120, Anm. 32. Abweichend Biermann S. 185, Fussnote 4; [3]) S. 82, § 14, Z. 2: „Die Vorschrift der C. P. O. § 895 . . . . . wird durch die Vorschrift des Absatz 2 nicht mitbetroffen"; [4]) S. 120, Anm. 32.

eingelaufen war? Jaeger[1*]) gestattet hier eine nachträgliche Eintragung unter Verweisung auf § 15 Satz 2 K. O. und § 878 B.-G.-B. Sicherlich ist hier die Anwendung des § 15, II K. O. zutreffend; aber es taucht hiebei die präjudizielle Frage auf, ob § 878 B.-G.-B. auch für Vormerkungen statt hat. Da in der Ausgestaltung der Vormerkung seitens des Gesetzes, wie in § 3 der Darstellung näher ausgeführt, eine Durchbrechung des materiellen Konsensprinzips des § 873 B.-G.-B. liegt und in § 878 l. c. ausdrücklich auf § 873, der für die Vormerkung nicht in betracht kommt, verwiesen ist, so kann § 878 auf die Vormerkung nicht Anwendung finden. Sachlich zustimmend Plank,[2]) Turnau-Förster,[3]) Cosack[4]) und Biermann.[5]) Unentschieden Fischer-Henle.[6]) Daraus ergibt sich, dass im genannten Fall nach der hier vertretenen Konstruktion eine Eintragung der Vormerkung nach Konkurseröffnung nicht stattfinden darf. Ebenso verhält es sich, wenn der Passivinteressent die Vormerkung bereits bewilligt § 885 B.-G.-B., sowie den Antrag auf Eintragung derselben beim Grundbuchamt gestellt hat und dann in Konkurs gerät, ohne dass die Vormerkung eingetragen worden ist.

Endlich ist noch von Wichtigkeit das Verhältnis der §§ 14 u. 15 K. O. Othmer[7]) behauptet, dass § 14 Abs. 2 K. O. überflüssig sei, weil er nach seiner (Othmer's) Auffassung schon unter die Vorschrift des § 15 K. O. falle, und spricht sodann von einer unklaren Fassung des § 14, II und von den vielen Irrtümern, die sich angeblich daraus ergeben haben. Der Grund für diese Behauptung liegt in der Verkennung des Verhält-

---

[1]) S. 120, Anm. 33; [2]) S. 98, § 885, Ziff. 2; [3]) S. 165, § 885, II, 1; [4]) S. 51, II, 2; [5]) S. 185; [6]) S. 437, § 878, Anm. 3; [7]) S. 106/7.

*) Auch in der 2. Auflage S. 196, § 24, Anm. 8. Derselben Meinung Sekler, S. 17, dessen Vorgehen in diesem Falle ein konsequentes ist, weil er die Anwendung des § 873 B.-G.-B. zulässt, S. 16, Ziff. 1.

nisses beider Normen. Bei Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften ist der Effekt ein sehr verschiedener. In § 15 l. c. ist ausdrücklich gesagt, dass widerstreitende Verfügungen nur gegenüber den Konkursgläubigern, also „relativ" unwirksam sind, vgl. § 883, II B.-G.-B., mit §§ 775 Ziff. 1, 776 C. P. O.; übereinstimmend Jaeger.[1]) Dagegen ist ein Erwerb, der im Widerspruch mit § 14 sich vollzieht, „absolut" nichtig, nicht nur den Konkursgläubigern gegenüber, sondern auch jedermann, sogar dem Gemeinschuldner selbst gegenüber.[1]) Zwangsvormerkungen gegenüber dem „konkursfreien" Vermögen des Kridars sind den Konkursgläubigern indessen gestattet. Vgl. § 14 K. O. mit § 766 C. P. O. und das Reichsgericht.[2])

Das bis jetzt gefundene Resultat lässt sich dahin zusammenfassen, dass sowohl der Geist als auch die Fassung der in betracht kommenden Normen durchaus nicht der Annahme im Wege stehen, es bewirke die Vormerkung — natürlich immer nur unter Einhaltung der in § 885 Abs. 1 B.-G.-B. gegebenen Vorschriften — eine materiell-rechtliche Veränderung des vorgemerkten Anspruchs. Sie sind vielmehr die beredten Zeugen für ihre konstitutive Kraft. Es lassen sich, wie aus der bisherigen Erörterung ersichtlich, keine wirklich stichhaltigen Argumente gegen die Transsubstantiationswirkung der Vormerkung vorbringen. Man kann demnach mit vollem Recht behaupten, dass infolge der Eintragung der Vormerkung der obligatorische Anspruch in ein dingliches Recht verwandelt worden ist.

Daraus ergibt sich die wichtige Schlussfolgerung: Nicht der obligatorische Anspruch wird eingetragen,

---

[1]) S. 128, Anm. 33; 2. Aufl. S. 196, Anm. 8; [2]) R. G. XXIX, 76.

sondern nur die im B.-G.-B. anerkannten dinglichen Rechte selbst werden „vorläufig“ unter dem Schutze der Vormerkung gebucht.

§ 8. Die bedingt-dingliche Wirkung der Vormerkung.

I.

Es ist im Verlauf der Darstellung, wo der Zusammenhang eine gleichzeitige Behandlung unumgänglich erforderte, bereits darauf hingewiesen worden, dass die Eintragung einer Vormerkung zwar eine Verwandlung des obligatorischen Anspruchs in ein dingliches Recht zur Folge hat, dass aber diese Wesensverwandlung lediglich eine bedingte ist. Dieses Moment ergibt sich im Grunde einerseits aus dem Sicherungszweck der Vormerkung, andererseits aus ihrem Wesen; denn da sie nur ein interimistischer und kein endgültiger Bucheintrag ist, so kann sie auch noch nicht Vollrechte zur Entstehung bringen. Sodann erfordert dies ihr Sicherungszweck gar nicht. Daraus lässt sich zunächst mit grosser Wahrscheinlichkeit schliessen, dass die rechtsgestaltende Wirkung der Vormerkung nur in bedingter Weise sich äussert; allein das Gesetz selbst gibt uns noch manche Anhaltspunkte, woraus wir untrüglich diesen Schluss ziehen können.

Schon die Protokolle[1]) erwähnen, dass das Endergebnis der Verhandlungen in dieser Frage darauf hinauslief, dass man sich lediglich darüber einigte, bei der Vormerkung „dieselbe Wirkung wie bei einem bedingten Rechte anzunehmen“. In der Tat kommt dieses Schlussresultat der Kommissionsverhandlungen in der Terminologie des Gesetzes, d. i. in der entsprechenden Fassung der diesbezüglichen Normen, deutlich zum Ausdruck. Es ist unverkennbar, dass § 883 Abs. 2 B.-G.-B., genau in demselben Sinne redigiert ist wie § 161 l. c.;

[1]) Prot. S. 112.

die Verfügungsbefugnis des Passivinteressenten, sowie die Rechtsposition des Aktivbeteiligten in Ansehung einer Vormerkung sind völlig identisch mit der materiellen Rechtsstellung, welche § 161 dem unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten bezw. dem unter einer Resolutivbedingung Verpflichteten einnehmen lässt. Sachlich zustimmend Fuchs.[1]) Sogar Einwirkungen des Konkursverwalters auf das gebundene Recht sind in beiden Fällen ausdrücklich verneint. Fernerhin darf nicht unerwähnt bleiben, dass die einzelnen Gesetzesbestimmungen konstant nur von „Ansprüchen oder Rechten" sprechen, welche „durch eine Vormerkung gesichert" sind. Vgl. auch § 3, III der Darstellung. Mit Recht haben die Autoren des B.-G.-B. diese Ausdrucksweise gewählt, um einerseits die Annahme eines eigenen dinglichen Vormerkungsrechts abzulehnen, andererseits darzutun, dass es sich hiebei nicht um endgültig eingetragene Rechte handelt; denn letztere würden eines Schutzes durch eine „Vormerkung" gar nicht mehr bedürfen. Die Richtigkeit meiner Auffassung erhellt insbesondere deutlich aus der Bestimmung des § 48 Z. V. G., wo endgültig eingetragene Rechte den durch eine Vormerkung gesicherten dinglichen Rechten gegenübergestellt sind.

Aber auch der Geist des Gesetzes spricht unbestreitbar dafür, dass vorgemerkte Rechte als bedingt-dingliche Rechte anzusehen sind. Zunächst ist auffallend, dass vorgemerkte Rechte gegenüber endgültig eingetragenen, den sogenannten Vollrechten, zwar nicht in Ansehung der Qualität, wohl aber im Hinblick auf die Quantität eine verschiedene Behandlung erfahren haben. Denn es werden dem durch eine Vormerkung geschützten Rechte, wie bereits erörtert, Wirkungen beigelegt, welche nur dinglichen Vollrechten zukommen, aber es werden ihm

[1]) S. 112, am Ende.

nicht alle Wirkungen der dinglichen Rechte zuerkannt, insbesondere nicht alle positiven. Vgl. Näheres § 10 der Darstellung. Jedoch gerade die „aktive“ Auswirkungsfähigkeit eines Rechts beweist dessen Qualität als Vollrecht. Einen weiteren Beleg für meine Behauptung bildet der § 888 Abs. 1. Wenn nämlich die blosse Eintragung einer „Vormerkung“ eine unbedingte Änderung der materiellen Rechtslage herbeiführen würde, dann wäre die genannte Bestimmung sicherlich überflüssig; denn aus § 888, I geht hervor, dass der aus der Vormerkung Berechtigte noch einen Anspruch gegen den Passivbeteiligten hat, nämlich den Anspruch auf Umschreibung. Sodann erhellt aus derselben Norm, dass der Vormerkungsberechtigte gegen eine eingetretene Rechtsverletzung nicht etwa einen Widerspruch nach §§ 894, 899 B.-G.-B. hat. Ein auf Grund einer Eigentumsvormerkung Berechtigter hat nicht etwa die rei vindicatio oder die actio negatoria, sondern er hat gegen den sein künftiges Eigentum verletzenden oder störenden Dritten lediglich einen „Anspruch auf Zustimmung zur Eintragung oder Löschung, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.“ Daraus ergibt sich, dass vorgemerkte Rechte noch nicht Vollrechte sind. Denn letzteren gegenüber sind im Falle ihrer Beeinträchtigung durch einen Dritten immer der Widerspruch oder dingliche Klagen zulässig. Die Bestimmung des § 888, I bildet infolgedessen in Ansehung vorgemerkter Rechte ein Surrogat für den Widerspruch und die dinglichen Klagen. Die ganze Gesetzestechnik und Grundbucheinrichtung spricht demnach entscheidend für die von mir aufgestellte Behauptung.

Klar tritt die bedingte Natur des vorgemerkten Rechts im Konkurs §§ 24, 193 K. O. zu tage. Darüber ist bereits ausführlich gesprochen worden.[1]) In weiterer Linie kann man füglich behaupten, dass § 48 Z. V. G. entbehrlich wäre, wenn die Vormerkung ein unbedingtes

[1]) Vgl. § 7, III der Darstellung.

dingliches Recht zur Entstehung kommen liesse.[1]) A. a. O.[2]) ist endlich dargelegt, dass die Bestimmung des § 902 B.-G.-B. nur für endgültige dingliche Rechte gilt. Dies ist ein weiterer Beleg für meine Auffassung, dass wir es beim vorgemerkten Recht nicht mit einem Vollrecht zu tun haben. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sicherungscharakter der Vormerkung.

Um die Einwürfe der Gegner gegen diese Konstruktion, soweit dies nicht schon früher geschehen, zu entkräften, möchte ich vor allem konstatieren, dass das B.-G.-B. tatsächlich bedingte dingliche Rechte kennt. So ist z. B. die Vormerkung auf Löschung einer Hypothek im Falle des § 1179 B.-G.-B. mit § 1177 l. c. wesentlich nichts anderes als eine resolutiv bedingte Hypothek.[3]) Sodann ist das dingliche Vorkaufsrecht zu erwähnen, welches, obgleich von den Autoren des B.-G.-B. als Belastung konstruiert, eigentlich bedingtes Eigentum ist. Vollends kennt § 455 B.-G.-B. expressis verbis ein suspensiv bedingtes Eigentum.

Man macht ferner gegen die hier vertretene Auffassung geltend, man könne sich die Rechtsstellung eines unter einer Bedingung zum Erwerb eines Liegenschaftsrechts Berechtigten gar nicht vorstellen.[4]) Das verstehe ich nicht. Es verhält sich mit der Rechtsposition des Vormerkungsberechtigten ebenso wie mit der Rechtsstellung des zwar Erzeugten, aber noch nicht Geborenen. Es hat der Nasciturus, weil mit seiner Geburt gerechnet werden muss, schon vor derselben bestimmte subjektive Rechte oder, richtiger gesagt, „rechtlich geschützte Anwartschaften". So hat der Concipierte z. B. ein bedingtes Erbrecht, ein bedingtes Recht auf Unterhalt, vgl. § 844 Abs. 2 B.-G.-B., aber er hat noch nicht die Summe jener Rechte, welche die (volle) Rechtsfähigkeit voraussetzen:

[1]) Vgl. § 7, II der Darstellung; [2]) § 3, III der Darstellung; [3]) Selbst Biermann S. 139/40 ist dieser Auffassung; [4]) So Othmer S. 66 u. a. a. O.

er ist unter der Bedingung berechtigt, dass er lebend zur Welt kommt. Seine eventuelle Existenz äussert sich aber im voraus in passiver Weise, indem die künftigen Rechte des Concipierten nicht geschmälert werden dürfen. Andererseits sind diese Anwartschaften hinfällig, wenn obige Bedingung der Lebendgeburt nicht eintritt. Die gleiche Bewandtnis hat es mit dem dinglichen Recht des Vormerkungsberechtigten. Auch dieses befindet sich im embryonalen Stadium; es ist ein Keimrecht, das in erster Linie schutzbedürftig ist. Aktive Funktionen sind ihm nur insoweit verliehen, als das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Diese letzteren positiven Funktionen sind aber, wie schon bemerkt, im wesentlichen lediglich Ausflüsse der negativen Wirkungen, also der Schutzbedürftigkeit des vorgemerkten Rechts. Die Anwartschaft des bedingt Berechtigten auf das Vollrecht muss nun in vollkommener Weise garantiert werden, weshalb der Gesetzgeber zwar nicht quantitativ, wohl aber qualitativ identische Wirkungen dem erst im Entstehen begriffenen Rechte verliehen hat. Dadurch hat der unter einer Bedingung dinglich Berechtigte eine absolute Garantie für den Erwerb des künftigen Vollrechts.

Für die bedingte Natur des vorgemerkten Rechts treten insbesondere ein Fuchs in seinem Grundbuchrecht[1]) und in seinem „Problemen des Sachenrechts“,[2]) ferner Böhm:[3]) „Der Vorgemerkte kann, sobald die Voraussetzungen der endgültigen Eintragung nachgewiesen werden, dingliche Klage erheben“. Die Annahme eines bedingten Rechts befürworten weiterhin Jäckel,[4]) Matthias[5]) sowie Dernburg,[6]) nach dessen Auffassung insbesondere in Ansehung der Stellung der Vormerkung im Konkurs Letztere ein festes, wenn auch bedingtes

---

[1]) S. 114/5; [2]) S. 561 ff; [3]) S. 44, § 883, III; [4]) S. 173, § 48; [5]) Band II, S. 39/40: „Die Wirkung der Vormerkung ist in gewissen Richtungen so geregelt, als wäre das vorgemerkte Recht durch die Vormerkung schon als bedingtes begründet“; [6]) S. 710 ff.

dingliches Recht begründet. Das war auch schon im preussischen Recht die überwiegende Meinung; vergl. Dernburg[1]) in seinem Lehrbuch des preussischen Privatrechts und Stobbe,[2]) der zutreffend bemerkt: „Durch sie (nämlich die definitive Eintragung des vorgemerkten Rechts) wird keine neue Belastung herbeigeführt, sondern nur ein bedingt eingetragenes Recht . . . . in ein unbedingtes verwandelt.“ Insbesondere auch Jaeger, 2. Aufl., S. 194/5, Anm. 2: „. . . . Die Vormerkung wirkt als bedingte Rechtsänderung . . .“ u. S. 195, Anm. 3.

Endlich steht die Praxis völlig auf dem Boden meiner Anschauung, so die Judikatur des Reichsgerichts und die bisher ergangenen Entscheidungen des preuss. Kammergerichts. Das Reichsgericht spricht den Satz aus:[3]) „. . . Das für den Vorgemerkten eingetragene, zunächst nur bedingte Recht hat zur Folge, dass beim Eintritt der Bedingung alle später begründeten Rechte an dem Grundstück . . . . . keine Rechtswirkungen erzeugen“, und in derselben Entscheidung wird weiter[4]) ausgeführt, „dass infolge der Eintragung der . . . . Vormerkung eine Änderung der Sachlage eintrat, weil nunmehr der vom Kläger geltend gemachte Anspruch durch ein dingliches Recht an dem Grundstück geschützt war.“ Unter dem zuletzt genannten „dinglichen Recht“ ist ohne Zweifel nur das auf S. 238 derselben Entscheidung erwähnte „bedingte Recht“ zu verstehen. Aus dieser Entscheidung geht klar hervor, dass das vorgemerkte Recht noch nicht endgültig besteht, d. h. noch nicht emanzipiert ist vom persönlichen Anspruch, der gegen den ursprünglich Obligierten auf Umschreibung geht, vgl. § 888 Abs. 1 B.-G.-B. Das bedingte Recht steht vielmehr noch im engsten Zusammenhang mit der Forderung, es ist untrennbar mit ihr verbunden, tritt also streng accessorisch zum obligatorischen Anspruch hinzu. Diese Beziehung ist äusserst

[1]) Band I, S. 152; [2]) Band II, Teil 2, S. 230; [3]) R. G. XXVII, S. 238; [4]) S. 240.

wichtig für die Frage der Übertragbarkeit des vorgemerkten Rechts. Die hier vertretene Auffassung von der streng accessorischen Natur des vorgemerkten Rechts haben andere Autoren ebenfalls anerkannt, wenn auch unter Zugrundelegung ihrer oft wesentlich verschiedenen Konstruktionen; so Jaeger,[1]) Cosack,[2]) Plank,[3]) Biermann,[4]) Kober[5]) und Weigelt.[6]) Auch Sekler S. 8 u. S. 13, 15, III. Ebenso räumt Jaeger ein: „Dem Sicherungszweck der Vormerkung entspricht ihre Abhängigkeit vom gesicherten obligatorischen Anspruch." S. 198, Anm. 17, 2. Aufl. Das Kammergericht endlich erwähnt in einer Entscheidung,[7]) dass ein Widerspruch gegen eine Vormerkung nicht eingetragen werden kann. Demnach hält das Kammergericht die Vormerkung weder für ein eigenes dingliches Recht, noch erklärt es sich einverstanden mit der Wirkung der Vormerkung, dass sie ein definitives Recht erzeuge.

Gegen die hier entwickelte Konstruktion tritt namentlich Othmer[8]) auf. Er behauptet, dass durch die Eintragung der Vormerkung bereits ein endgültiges Recht entsteht und leugnet demnach insbesondere im Hinblick auf die Stellung der Vormerkung im Konkurs ein bedingtes Recht. Diese Ansicht ist, weil von irrigen Voraussetzungen ausgehend, abzuweisen und schon früher[9]) widerlegt worden. Die Folge dieser unrichtigen Auffassung ist nun, dass § 883 Abs. 2 B.-G.-B., welcher gerade als sedes materiae in der Lehre von der Vormerkung angesehen werden muss, für die Konstruktion Othmer's „jede Bedeutung verliert".[10]) Schon dieses Mittel, den Fundamentalparagraphen für überflüssig er-

---

[1]) S. 189; [2]) S. 54; [3]) S. 95: „. . . . sie (nämlich die Vormerkung) steht und fällt mit dem Anspruch, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist". [4]) S. 178 u. S. 220; [5]) S. 79, IV; [6]) S. 29; [7]) K. G. v. 28 I. 01, II. S. 243 in Mugdan-Falkmann's Rechtsprechung der O. L. G. O. L. G.; [8]) S. 66 ff.; [9]) Vgl. § 7, III; [10]) S. 67.

klären zu müssen, um seiner Theorie zum Siege zu verhelfen, spricht durchaus nicht zu Gunsten der Richtigkeit der Letzteren. Sodann erregt eine weitere Ansicht Othmer's Bedenken Er will nämlich [1]) für vorgemerkte Rechte zwar die Vorschrift des § 892 gelten lassen, aber nicht die Bestimmung des § 891 B.-G.-B., obwohl § 892 lediglich eine Konsequenz des § 891 bildet. Othmer begründet diesen Schritt damit, dass der Berechtigte noch einen „Teil" seines „ursprünglichen Anspruchs" gegen den von der Vormerkung Betroffenen hat, nämlich „auf Herbeiführung der definitiven Eintragung". Damit, sagt Othmer weiter, sei zugleich der einzige Unterschied zwischen einem blos vorgemerkten und einem endgültig eingetragenen Rechte gekennzeichnet. Zunächst ist es mir unverständlich, was mit dem Ausdruck: „einen Teil seines ursprünglichen Anspruchs", gemeint sein soll. Was der „andere Teil" des Anspruchs sein soll, davon schweigt Othmer. Der aus der Vormerkung Berechtigte hat nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 888 Abs. 1 B.-G.-B. nur einen „einzigen" Anspruch, nämlich auf „Umschreibung". Damit ist natürlich die Forderung inbegriffen, dass der Betroffene alle diejenigen Handlungen vornehmen muss, die zur Herbeiführung der Umschreibung erforderlich sind, z. B. die Nachholung der Einigung u. s. w. Sodann räumt Othmer selbst ein, dass die definitive Eintragung noch nicht erfolgt ist. Trotz dieses Geständnisses steht er nicht an, den § 892 B.-G.-B., der seiner Fassung und seinem ganzen Inhalt nach nur auf „endgültig" eingetragene Rechte sich beziehen kann, auf vorgemerkte Rechte anzuwenden. Othmer verstösst demnach mit dieser Anschauung gegen das Gesetz und zerstört zugleich die Einheitlichkeit seiner Theorie. In der Tat verhehlt er sich auch nicht, [2]) dass er mit seiner ganzen Konstruktion sich auf einem unsicheren Weg

[1]) S. 80; [2]) S. 69.

befindet, indem er hervorhebt, dass § 888 Abs. 1 B.-G.-B. in seiner äusseren Fassung wohl gegen ihn (Othmer) spreche; aber Othmer erblickt einen erheblichen indirekten Beweis für seine Theorie in § 888 I, weil nur von dem mit der Vormerkung kollidierenden „Erwerb", nicht aber von einer kollidierenden „Aufhebung" eines Rechts gesprochen sei. In dieser Beziehung sieht Othmer eine Lücke des Gesetzes. Zunächst wird ein solcher Fall schwerlich vorkommen. Als Beispiel möge folgendes dienen: Ein Niessbraucher verzichtet dem Grundstückseigentümer gegenüber auf seinen Niessbrauch und bewilligt dem Eigentümer sofort eine Vormerkung auf Löschung. Wer hat nun sonst noch ein Interesse an der Aufhebung des Niessbrauchs? Es könnte allerdings etwa ein Darlehensgläubiger des Eigentümers auf irgend welche Weise die Löschung des Niessbrauchs erwirken, um pfändbare Objekte zu erhalten. Allein zu diesem Mittel braucht jener Gläubiger gar nicht zu greifen; denn einerseits ist aus der Vormerkung ersichtlich, dass der Eigentümer die Aufhebung des Niessbrauchs verlangen kann, andererseits ist der Niessbraucher aus der Vormerkung zur Löschung des Niessbrauchs verpflichtet. Der Darlehensgläubiger erreicht demnach ohnehin sein Ziel. Sodann wird § 888 I der principiellen Bedeutung der Vormerkung, den Berechtigten zu schützen, in unverkennbarer Weise gerecht. Der Vormerkungsberechtigte hat lediglich an der „Aufhebung" des betreffenden Rechts ein Interesse. Durch eine „kollidierende" Aufhebung wird aber im Gegensatz zu einem kollidierenden Erwerb seine Rechtsstellung gar nicht verletzt oder beeinträchtigt. Sein Anspruch auf Aufhebung soll ja nur sicher gestellt werden. § 888 I ist also völlig einwandfrei redigiert, sodass Othmer sich nicht auf ihn zur Verteidigung seiner Theorie stützen kann. Endlich ist noch zu erwähnen, dass § 886 B.-G.-B. z. B. in Ansehung der Verjährungs- oder Kompetenzeinrede,

sich nicht, wie Othmer[1]) und Biermann[2]) meinen, auf das dingliche Recht, sondern auf den zugrunde liegenden persönlichen Anspruch bezieht,[3]) und daher für Othmer's Konstruktion seine Bedeutung verliert. Ausserdem trifft Othmer's Theorie nicht zu bei einem Anspruch auf Aufhebung oder Rangänderung eines Rechts. In diesem Falle müsste nach Othmer's Auffassung das Recht infolge der Eintragung der Vormerkung schon aufgehoben bezw. geändert sein. Das würde aber im schroffsten Widerspruch stehen mit unserer Grundbucheinrichtung, wonach unbedingt der Formalakt der Löschung bezw. Umschreibung zur definitiven Änderung der materiellen Rechtslage erforderlich ist.

Gegen die Annahme eines bedingten Rechts wenden sich ferner Turnau-Förster[4]) und Biermann sowohl in seinem Sachenrecht:[5]) „Der Anspruch wird durch die Eintragung auch nicht zu einem aufschiebend bedingten dinglichen Recht", als auch in seiner Monographie.[6]) Er spricht sich insbesondere aus dem Grunde dagegen aus,[7]) weil die Umwandlung der Vormerkung (vielmehr: des vorgemerkten Rechts) in das definitive Recht auf ganz andere Weise als diejenige des bedingten Rechts in das unbedingte erfolge. Letzteres werde zum unbedingten Recht einfach dadurch, dass die Bedingung wegfalle. Wenn dieses auch im Grundbuch zum Ausdruck kommen solle, so müsse eine Grundbuchberichtigung stattfinden. Die Umwandlung der Vormerkung (soll heissen: des vorgemerkten Rechts) in das definitive Recht erfolge dagegen nicht anders wie die Neubegründung des Rechts durch Einigung der Beteiligten. Dieser Einwand scheint auf den ersten Blick etwas für sich zu haben. Indessen ist diese Art der Umwandlung eines vorgemerkten Rechts in ein endgültiges nur der Eigentümlichkeit der Grundbucheinrichtung zuzuschreiben. Man braucht ja auch das

[1]) S. 69/71; [2]) S. 174; Richtig Fuchs S. 136, § 886, Anm. 1; [3]) Vgl. § 3, II der Darstellung; [4]) S. 156; [5]) S. 35, § 884; [6]) S. 174; [7]) S. 175.

vorgemerkte Recht kein bedingtes dingliches Recht zu nennen; die Benennung ist nur etwas rein Äusserliches; aber ohne Zweifel kommt einem vorgemerkten Recht dieselbe „Wirkung" zu wie einem bedingten Recht, was die Verfasser des B.-G.-B. ausdrücklich beabsichtigten.[1]) Dieses Moment allein ist wesentlich und entscheidend. Aus diesem Grunde habe ich das vorgemerkte Recht auch ein „bedingtes dingliches Recht" genannt. Im übrigen verweise ich darauf, was ich oben von der Terminologie des Gesetzes gesagt habe.

II.

Nachdem die Vorfrage, ob der dingliche Rechtserwerb durch die Eintragung der Vormerkung nur in bedingter Weise sich vollzieht, in bejahendem Sinne beantwortet werden muss, taucht eine weitere, wichtige Frage auf. Wann treten die vollen Wirkungen des bloss vorgemerkten Rechtes ein? Mit anderen Worten: Welches Ereignis ist massgebend für die Entstehung des Vollrechtes? Fuchs[2]) meint: „Von der Liquidestellung an, d. h. von der Umwandlung in ein definitives Recht." Klarer drückt er sich a. a. O.[3]) aus, wo er erklärt, es trete das Vollrecht des Berechtigten dann ein, „falls dessen Recht sich bewahrheitet." Daraus dürfte zu entnehmen sein, dass Fuchs als Bedingung die sogenannte „Liquidität" des Anspruchs d. h. den klaren Beweis für das materielle Begründetsein der Forderung des Aktivinteressenten ansieht, sei es durch Anerkennung von Seite des Betroffenen oder durch rechtskräftige Verurteilung desselben dazu. Auf demselben Standpunkt wie Fuchs stehen anscheinend Matthias,[4]) Böhm[5]) und Dernburg,[6]) welch' Letzterer

---

[1]) Prot. S. 112; [2]) S. 113; [3]) S. 117, Anm. 11, cc.; [4]) Band II, S. 39/40; [5]) S. 44; [6]) S. 151.

sich allerdings ungenau äussert: „Das vorgemerkte Recht wirkt, wenn es perfekt und liquid wird, aufhebend auf alle in der Zwischenzeit durch Dritte erworbenen entgegenstehenden Rechte.“ Anderer Meinung ist Stobbe.[1]) Er nimmt als Bedingung die „definitive Eintragung“ an, und das mit Recht. Denn wenn das bis jetzt nur bedingt eingetragene Recht seine vollen Wirkungen äussern soll, so muss es endgültig eingetragen sein; durch die Einigung verbunden mit der definitiven Eintragung wird das Recht erst erworben § 873 B.-G.-B. Das erhellt aus Folgendem Ich habe an früherer[2]) Stelle dargetan, dass das materielle Konsensprinzip bei der Eintragung der „Vormerkung“ durchbrochen wird. Wenn es aber zur endgültigen Eintragung des vorgemerkten Rechts kommen soll, so muss ohne Zweifel die Einigung nach § 873 B.-G.-B. nachgeholt[3]) werden, gleichgültig, ob sie freiwillig erklärt oder gerichtlich erzwungen worden ist. Auch im Falle der Umschreibung des vorgemerkten Rechts in ein Vollrecht gilt § 29 G. B. O., wonach die Bewilligung der endgültigen Eintragung seitens des Passivinteressenten oder die sonstigen Erklärungen vor dem Grundbuchamt erforderlich sind. Die Eintragung bezw. Löschung sind eben notwendig, mögen sie immerhin Formalakte darstellen. Wenn auch die Entstehung des dinglichen Rechts schon zuvor materiell gerechtfertigt und vorhanden ist, ohne die endgültige Eintragung im Grundbuch kann es ebensowenig rechtsgültig erworben werden, wie ein existentes dingliches Recht ohne die Löschung rechtsgültig aufgehoben wird. Weiter stütze ich meine Behauptung auf die Stellung der Vormerkung im Konkurs und Zwangsversteigerungsverfahren. Aus § 24 K. O. ist ersichtlich, dass die Vormerkung erst mit der „endgültigen Eintragung“ ein Aussonderungs- bezw. Absonderungsrecht zur Entstehung bringt,[4]) und in § 48 Z. V. G. sind durch

[1]) S. 230; [2]) Vgl. § 3, I der Darstellung; [3]) Zustimmend Biermann S. 205 ff.; [4]) Übereinstimmend Jaeger, S. 191, Anm. 14 und S. 192, Anm. 20. In demselben Sinne 2. Aufl., S. 195, Anm. 3 und S. 197/8, Anm. 14.

Vormerkung gesicherte Rechte in einen Gegensatz zu den „eingetragenen" Rechten gestellt. Würde schon die Liquidität des vorgemerkten Rechts eine unbedingte dingliche Rechtsänderung herbeiführen, so wäre die Bestimmung des § 888 Abs. 1 B.-G.-B. hinfällig; denn § 888, I besagt ausdrücklich, dass während der Schwebezeit erfolgte, den Berechtigten benachteiligende Verfügungen über das durch die Vormerkung gebundene Grundstück oder Grundstücksrecht erst mit der endgültigen Eintragung des vorgemerkten Rechts der Unwirksamkeit und zwar mit Wirkung ex tunc verfallen. Gegen eine Verletzung oder Beeinträchtigung eines Vollrechtes hingegen hätte man, wie oben genauer erörtert, einen Widerspruch, eventuell eine dingliche Klage. So aber stellt § 888, I gerade einen ausserordentlichen Schutz für vorgemerkte Rechte bis zu ihrer definitiven Verwirklichung durch „Eintragung oder Löschung" dar.

Indessen wäre es unrichtig, das Moment der Liquidität ohne weiteres zu verwerfen. Auch sie kommt bei der Vormerkung in betracht, allerdings nicht in Ansehung des vorgemerkten dinglichen Rechts. Die Liquidität bildet nämlich die Bedingung zur Geltendmachung des durch das vorgemerkte Recht absolut garantierten „persönlichen Anspruchs auf Umschreibung", dagegen nie die Bedingung zur Entstehung des definitiven „dinglichen" Rechts. Die Liquidität bezieht sich demnach ausschliesslich auf die Forderung auf Umschreibung und „nicht" auf das vorgemerkte, bis zur endgültigen Buchung noch bedingte Recht. Die Bedeutung der Liquidität ersieht man klar im Falle des § 1179 B.-G.-B. Der Eintritt der Konsolidation stellt die Liquidität des obligatorischen Anspruchs dar. Von diesem Moment an ist der Vormerkungsberechtigte befugt, vom Passivinteressenten die Löschung der Hypothek zu verlangen. Aber erst mit dem Vollzug der Löschung ist die Hypothek untergegangen. Den Beweis der Liquidität muss natürlich der Aktiv-

interessent beibringen.[1]) Die Berücksichtigung derselben ist auch nicht mehr als eine Forderung der Billigkeit. Man denke sich nur, dass der obligatorische Anspruch bedingt, besagt, von einer Gegenleistung, z. B. der Zahlung des Kaufpreises abhängig sein kann, oder dass eine peremptorische Einrede der Geltendmachung des Anspruchs entgegensteht. Die Liquidität ist also eine unerlässliche Voraussetzung für die Geltendmachung der persönlichen Forderung auf Umschreibung. Tritt die Liquidität nicht ein, so bleibt die Vormerkung zwar bestehen, aber die Entwickelung des bedingten Rechts zum Vollrecht wird vereitelt, weil man die Beseitigung der Vormerkung verlangen kann, vgl. § 886 B.-G.-B. Insofern ist eine indirekte Einwirkung der Liquidität auf das künftige Vollrecht vorhanden.

Indessen wird man schwerlich behaupten wollen, dass bereits dann das Vollrecht entstanden ist, wenn jemand sich nur in der Lage befindet, die endgültige Eintragung zu verlangen. Das wäre z. B. bei einem Anspruch auf Aufhebung oder auf Inhalts- oder Rangänderung eines dinglichen Rechts einfach undenkbar. Was nützt es, wenn der obligatorische Anspruch auf Umschreibung des bedingten Rechts in das unbedingte ohne weiteres klar bewiesen, d. h. liquid ist? Dadurch allein wird das vorgemerkte Recht noch nicht zum Vollrecht. Erst durch die endgültige Eintragung oder Löschung wird der Rechtserwerb bezw. Rechtsverlust vollendet.

Jedoch ist damit nicht gesagt, dass das vorgemerkte Recht nicht schon einzelne Wirkungen endgültig eingetragener Rechte äussern könne, wenn es bereits liquid gestellt ist. So ist sicherlich für die bedingte Hypothek schon die Gefährdungsklage aus § 1133 B.-G.-B. gegeben.[2]) Das durch eine Vormerkung gebundene Grundstück oder Grundstücksrecht hat im Prozessfalle auch den Charakter

[1]) Vgl Dernburg S. 154; Cosack S. 52; Matthias S. 32;
[2]) Zustimmend Fuchs S. 115, Anm. 9. Abweichend Biermann S. 196.

einer res litigiosa. So das Reichsgericht[1]) und die herrschende Lehre,[2]) vgl. §§ 265, 24, 727, 325 C. P. O. Das ist m. E. lediglich eine Konsequenz aus den „negativen" Funktionen des vorgemerkten Rechts. Es erfordert der Sicherungszweck der Vormerkung einen solchen Rechtsschutz für das vorgemerkte Recht.

Die Annahme der endgültigen Eintragung als Bedingung für die Existenz des Vollrechts ist jedoch nach Othmer's[3]) Auffassung gänzlich ausgeschlossen. Denn „dann könnte man die nach § 873 B.-G.-B. erforderliche Eintragung eines Sachenrechts als Bedingung der Bestellung oder Übertragung eines Sachenrechts setzen, dann könnten die wichtigsten Formvorschriften mit Leichtigkeit umgangen werden", wobei Othmer auf § 313 B.-G.-B. hinweist. Darauf ist zu erwidern, dass weder ein vorläufiger Bucheintrag, wie z. B. die Vormerkung, noch ein definitiver „formale Rechtskraft" besitzt, was bereits oben dargelegt ist. Es muss erst den Bestimmungen der §§ 873, 925 B.-G.-B. Genüge geleistet sein, damit das Vollrecht mit der endgültigen Eintragung erworben werden kann. Sodann muss auch im Falle des § 925 l. c. die Vorschrift des § 313 l. c. beobachtet werden. Es muss der gerichtliche oder notarielle Veräusserungsvertrag vorliegen, damit der Anspruch auf Auflassung geltend gemacht werden kann. Da nämlich auch bei der Eigentumsvormerkung, wie bei der Eintragung jeder anderen Vormerkung, ebenso das materielle Konsensprinzip der §§ 873, 925 B.-G.-B. durchbrochen wird, also im gegebenen Falle keine Auflassung[4]) vorliegt, so muss die Formvorschrift des § 313 B.-G.-B. eingehalten bezw. nachgeholt werden. Schon aus diesem Grunde ist Othmer's Einwand gegen-

---

[1]) R. G. XXVII, S. 238/9; [2]) Näheres § 10 der Darstellung; [3]) S. 79 ff.; [4]) Anderer Meinung Biermann S. 132. Bei der Eintragung einer Eigentumsvormerkung spielt demnach § 313 l. c. keine Rolle.

standslos. Im übrigen kann ja, wenigstens nach Reichsrecht, die Bestimmung des § 313 tatsächlich umgangen werden, indem der Mangel der Form des Veräusserungsvertrages nach ausdrücklicher Vorschrift dann geheilt wird, wenn die Auflassung vor dem Grundbuchamt erklärt und das Eigentum eingetragen ist. Vgl. jedoch § 98 G. B. O. mit § 12 des bayerischen A. G. G. B .O. Für die Eintragung einer Eigentumsvormerkung gilt indessen § 98 G. B. O. nicht, weil ja bei der Eintragung einer solchen Vormerkung keine „Auflassung" vorliegt, vielmehr § 885 Abs. 1 B.-G.-B. Platz greift. Zustimmend Biermann[1]) Hier möchte ich nur noch erwähnen, dass eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf „Auflassung" gar nicht eintragungsfähig ist. § 883, I B.-G.-B. Gesichert wird auch nicht, wie Biermann[2]) fälschlich meint, das Recht auf „Auflassung", sondern das Recht auf „Einräumung des Eigentums" durch Umschreibung, vgl. § 883 Abs. 1 mit § 888 Abs. 1 B.-G.-B. Es ist demnach unrichtig, von einer „Auflassungsvormerkung" zu reden; korrekt ist allein der Ausdruck: „Vormerkung auf Eigentumsübertragung", oder kürzer: „Eigentumsvormerkung". [3])**)

Sodann ist es unzulässig, in dieser Frage im Gebiete des „Liegenschaftsrechts" die Eigentumsübertragungsarten für „bewegliche" Sachen heranzuziehen, wie dies Othmer[4]) tut. Diese können im vorliegenden Falle so gut wie gar nichts beweisen. Othmer's Einwendungen sind demnach ungerechtfertigt. Endlich muss noch auf ein Gegenargument eingegangen werden, welches Biermann[5]) und ihm folgend Sekler S. 10 vorbringt. Er meint, es liege eine condicio iuris vor, wenn man die definitive Eintragung als Bedingung der Entstehung des Vollrechts

---

[1]) S. 132, Fussnote 4; [2]) Ebenda: S. 132 u. Fussnote; [3]) Näheres § 9, I der Darstellung [4]) S. 79; [5]) S. 175/6.

**) Zutreffend Jaeger, 2. Aufl., S. 194/5, Anm. 2: „Übereignungsvormerkung".

annehme. Dieses Bedenken wird man ohne Zweifel für den Fall teilen müssen, wenn „ohne die Vermittelung einer Vormerkung" ein dingliches Recht erzeugt wird. Allein für den Fall einer Vormerkung ändert sich die Sachlage, weil infolge der Eintragung der Vormerkung ein dingliches und zwar bedingt-dingliches Recht schon vorhanden ist. Daran ändert selbst der Umstand nichts, dass die Umwandlung in das definitive Recht sich auf dieselbe Weise vollzieht wie die Neubegründung des betreffenden Rechts. Vergl. auch die Redigierung des § 888 Abs. 1 B.-G.-B., wonach erst die Umschreibung den endgültigen Rechtserwerb vollzieht. Demnach kann man letztere nicht als eine blosse „Rechtsbedingung" charakterisieren. Schon mit Rücksicht auf die Stellung der Vormerkung im Konkurs § 24 K. O. und im Zwangsversteigerungsverfahren § 48 Z. V. G. kann man sich obiger Auffassung nicht anschliessen. Will man nicht mit dem Gesetz in Konflikt geraten, so muss man die Annahme einer unbedingten Rechtsänderung durch die Eintragung der Vormerkung ablehnen. Entscheidet man sich aber für einen bedingten Rechtserwerb bezw. Rechtsverlust, so steht man einerseits in völligem Einklang mit dem Geist des Gesetzes, andererseits hat man aber auch die Terminologie des Gesetzes für sich.

III.

Das Ergebnis der gesamten Erörterungen ist nun dahin zusammenzufassen:

1) Da vorgemerkten Rechten qualitativ-identische Wirkungen wie endgültig eingetragenen Rechten beigelegt sind, so folgt daraus, dass „durch Vormerkung gesicherte Rechte" mit den Vollrechten „wesensgleich" sind: Dingliche Essentialität der vorgemerkten Rechte. Sachlich zustimmend Fuchs,[1]) der allerdings für die Eigentums-

[1]) S. 112 ff. u. 115, Ziff. 10.

vormerkung eine Ausnahme vom Prinzip der Wesensgleichheit macht.[1])

Aus der quantitativen Verschiedenheit vorläufig eingetragener und definitiv gebuchter Rechte aber ergibt sich die bedingte Natur der vorgemerkten Rechte.

Demnach lassen sich drei Phasen für die Entwickelung des persönlichen Anspruchs zum unbedingten dinglichen Recht unterscheiden: Vor der Eintragung der Vormerkung existiert lediglich der „persönliche" Anspruch auf Änderung der materiellen Rechtslage, welcher durch die Eintragung der Vormerkung in ein bedingt-dingliches Recht umgewandelt und so mit Wirkung gegenüber Dritten versehen wird, um dann durch die definitive Eintragung zum Vollrecht ausgestaltet zu werden.

2. Mit dem vorgemerkten dinglichen Recht ist der persönliche Anspruch auf Umschreibung in das Vollrecht unzertrennlich verbunden. Beide stehen in engster Wechselwirkung unter einander; denn einerseits schützt das bedingte dingliche Recht den obligatorischen Anspruch, andererseits aber steht und fällt es mit dem Berechtigtsein oder Nichtberechtigtsein der persönlichen Forderung.[2])

3. Meine Definition lautet demnach:

„Die Vormerkung ist ein Sicherungseintrag im Grundbuch, welcher die in § 883 Abs. 1 B.-G.-B. genannten Ansprüche auf Aufhebung, Einräumung, Rang- oder Inhaltsänderung eines Liegenschaftsrechts oder eines Rechts an einem solchen Rechte als bedingt-dingliche Grundstücksrechte oder Rechte an Grundstücksrechten zur Entstehung kommen lässt: Transsubstantiationswirkung der Vormerkung. Diese bedingten dinglichen Rechte, welche gegen jeden Dritten wirken, der mit der Vormerkung kollidierend erwirbt, treten streng accessorisch[2]) zu dem gegen den ursprünglich Obligierten gehenden persönlichen Anspruch hinzu."

[1]) Vgl. § 9, II der Darstellung; [2]) Vgl. oben § 8, I der Darstellung.

§ 9. Einheitlichkeit der Konstruktion.

I.

Wie jedes empirisch gefundene Resultat, so muss auch diese Konstruktion auf ihre Richtigkeit geprüft werden. Was induktiv gefunden ist, das muss deduktiv erprobt werden. Ein fast untrügliches Zeichen für die Wahrheit eines so gefundenen Ergebnisses ist immer darin zu sehen, wenn es die Probe des Monismus besteht. Tatsächlich lassen sich alle Phänomene des Liegenschaftsrechts auf dem Gebiete der Vormerkung mit obiger Konstruktion durchaus einheitlich, sowie in materieller und formeller Übereinstimmung mit dem Gesetz erklären.

Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung einer Servitut, Hypothek, Rentenschuld etc. ist eine bedingt eingeräumte bezw. aufgehobene Servitut, Hypothek, Rentenschuld etc. Bei der Bestellung eines Rechts ist das künftige Vollrecht unter eine Suspensivbedingung gestellt, bei der Aufhebung eines Vollrechts ist letzteres resolutiv bedingt. Insoweit befinde ich mich in sachlicher Übereinstimmung mit Fuchs.[1]) Im Falle einer Rangänderung ist das bisherige Recht auflösend bedingt und zugleich das erst zur Entstehung kommende Recht unter eine aufschiebende Bedingung gestellt. Ebenso verhält es sich mit einer Vormerkung auf Inhaltsänderung eines Rechts; auch hier ist eine Resolutivbedingung konkurrierend mit einer Suspensivbedingung. Insoferne kann man einwandfrei von einer dem Range oder Inhalt nach bedingt geänderten Hypothek, Grundschuld, Servitut etc. sprechen.**) Anderer Meinung Biermann.[2]) Sogar ein bedingtes Eigentum,*) sei es in Ansehung der Begründung oder Aufhebung des-

[1]) S. 114 ff. u. Probleme; [2]) S. 168 ff.

**) Übereinstimmend Jaeger, 2. Aufl. S. 194/5 und S. 195, Anm. 3.

*) Zustimmend Jaeger 2. Aufl. S. 194/5.

selben kann durch die Eintragung einer diesbezüglichen Vormerkung entstehen. Insbesondere erzeugt die Vormerkung auf künftige Übereignung eines Grundstücks ein „bedingtes Eigentum".[1])

II.

Da ein bedingtes, auf „Auflassung" beruhendes Grundstückseigentum kraft positiver Gesetzesvorschrift § 925 Abs. 2 B.-G.-B. ausgeschlossen ist, so ist die Vormerkung in dieser Hinsicht von eminent wichtiger und praktischer Bedeutung. Darin dürfte sogar ihr Hauptanwendungsgebiet zu erblicken sein. Abgesehen davon, dass eine solche „bedingte Auflassung" denkbar wäre, liegt ja im Falle einer Vormerkung auf Übereignung überhaupt keine Auflassung vor. Nach der Bestimmung des § 885 Abs. 1 genügt zur Eintragung einer Vormerkung eine „einseitige" Willenserklärung des Betroffenen, nämlich seine Bewilligung; ein „dinglicher Vertrag", wie es die Auflassung ist, wird für die Eintragung einer Vormerkung nicht erfordert. Diese Durchbrechung des materiellen Konsensprinzips in Ansehung der Eintragung einer Vormerkung greift auch für die Vormerkung auf Einräumung des Eigentums Platz. Man wird daher eine solche Vormerkung richtiger, wie schon oben[2]) erwähnt „Eigentumsvormerkung", nicht „Auflassungsvormerkung" nennen. Im übrigen wird normalerweise gerade deshalb eine Vormerkung auf Eigentumsübertragung gebucht werden, weil die beiden Interessenten sich noch nicht definitiv einigen wollen oder können. In letzterer Hinsicht ist z. B. der Fall denkbar, dass bei einem Grundstückskauf durch einen bevollmächtigten Unterhändler, der zunächst sich selbst das Grundstück übereignen lassen soll, erst eine Grundbuchberichtigung statt-

[1]) Anderer Meinung Sekler S. 10. Siehe Näheres unter II.
[2]) Vgl. § 8, II der Darstellung; derselben Auffassung Jaeger, 2. Aufl. S. 194, Anm. 2.

finden muss, ehe die Auflassung an den Dritten erfolgen kann. In diesen Fällen erfüllt gerade die Vormerkung ihre eigentliche Mission. Sodann kennt sogar das B.-G.-B. in § 455 ein suspensiv bedingtes Eigentum. Es steht demnach nichts im Wege, anzunehmen, dass durch die Vormerkung der Anspruch auf Einräumung des Eigentums in ein bedingtes Eigentum verwandelt wird. Die Sicherung der Übereignung durch eine Vormerkung ist nur formell von der bedingten Auflassung, falls eine solche zulässig wäre, verschieden; materiell entsteht durch die entsprechende Vormerkung tatsächlich Eigentum unter der Suspensivbedingung der endgültigen Eintragung. Eine abweichende Auffassung entwickelt Fuchs, der bald von einer „Auflassungs-“,[1]) bald von einer „Eigentumsvormerkung“[2]) spricht und ihr die Natur einer „Belastung“ zuerkennt. Um seine Behauptung zu verteidigen, weist er darauf hin,[3]) dass die Eigentumsvormerkung nicht an Stelle des endgültig eingetragenen Rechts, sondern unter die Belastungen gebucht wird. Allein dieser Hinweis spricht, abgesehen davon, dass er lediglich „formeller“ Natur wäre, nicht gegen meine Theorie. Denn auch nach meiner Konstruktion ist der Aktivinteressent noch nicht definitiver Eigentümer und kann daher die Verbuchung der Eigentumsvormerkung in der ersten Abteilung des Grundbuchblattes nicht verlangen; immerhin aber stellt die Eigentumsvormerkung eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks dar, etwa nach Art einer Realservitut. Aus diesem Grunde wird sie unter die Belastungen in der zweiten Abteilung gebucht. Allein auch das ist etwas rein Äusserliches und Nebensächliches. Mehr Bedeutung kommt einem zweiten Momente zu, auf welches sich Fuchs hauptsächlich stützt. Er erklärt, auch das dingliche Vorkaufsrecht sei als Belastung konstruiert und ihm komme nach § 1098 Abs. 2 B.-G.-B. die Wirkung

[1]) S. 117, Anm. 10 am Ende; [2]) S. 115/7 u. Probleme; [3]) Ebenda und Probleme.

einer Vormerkung zu. Indessen ist das dingliche Vorkaufsrecht eine „unbedingte“ Belastung, während Fuchs die Eigentumsvormerkung als eine „bedingte“ Belastung konstruiert. Sodann zerstört er durch diese Auffassung die Einheit seiner Konstruktion.

Natürlich kann eine Übereignungsvormerkung weder die rei vindicatio aus § 985 B.-G.-B. noch die actio negatoria aus § 1004 B.-G.-B. gewähren noch zur Eintragung eines Widerspruchs nach § 894 berechtigen,[1]) weil diese Rechtsschutzmittel nur dem endgültig eingetragenen Eigentümer zustehen. Der Aktivinteressent hat in einem solchen Falle lediglich den ausserordentlichen Rechtsbehelf, welcher ihm aus § 888 Abs. 1 B.-G.-B. zusteht. Eine ähnliche Auffassung vertritt Fuchs,[2]) welcher den Anspruch aus § 888, I als einen „quasinegatorischen Anspruch“ des Vormerkungsberechtigten gegen den Dritterwerber charakterisiert.

Die Rechtsnatur der Eigentumsvormerkung erfährt eine treffliche Illustration, falls das betroffene Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräussert wird. Die Eigentumsvormerkung ist kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht. Der Aktivinteressent hat eben das Eigentum noch nicht und kann demnach eine Zwangsveräusserung nicht hindern. Nach der Konstruktion der Bedingungen, wie sie das B.-G.-B. ausgestaltet hat, tritt das Recht des Berechtigten erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Es kann dieses vorgemerkte Recht durch eine erfolgte Zwangsvollstreckung, vgl. § 883 Abs. 2 mit § 161 Abs. 1 B.-G.-B. nur nicht vereitelt werden, vielmehr kann der Berechtigte nach Eintritt der Bedingung die Herstellung eines seinem Rechte entsprechenden Zustandes verlangen, also im vorliegenden Falle die Einräumung des Eigentums. Ein weiteres wichtiges Moment

---

[1]) So das K. G. v. 28. I. 01, siehe § 8, I der Darstellung. Anderer Ansicht: Fischer-Henle, S. 448. § 894 Anm. 2 und Biermann a. a. O.; [2]) § 888, Anm. 1.

für meine Behauptung ist in dem Wesen der Vormerkung selbst begründet. Da sie nur ein Sicherungsvermerk ist, so hat die Eintragung derselben nicht die Wirkung einer Grundbuchsperre, wie bereits früher[1]) erwähnt. Die Eintragung der Vormerkung bedeutet durchaus keine Minderung der „Verfügungsfähigkeit", sondern nur eine Einschränkung der „Verfügungsbefugnis" des Betroffenen bezw. seines gesetzlichen Vertreters, insoferne als nachträgliche, der Vormerkung widerstreitende Verfügungen der Unwirksamkeit verfallen. Der Grundsatz der Präklusion gilt daher für die Eigentumsvormerkung nicht, vgl. §§ 28, 37 Ziff. 5, 48, 92 Z. V. G. Der Zuschlag ist also möglich. So die Rechtsprechung des Reichsgerichts[2]) und die herrschende Lehre.[3]) Anderer Meinung sind insbesondere Strecker[4]) und Endemann.[5]) Beide halten die Eigentumsvormerkung für ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht. Letztere Ansicht ist m. E. auch unbillig. Denn es kann das vorgemerkte Eigentum aus verschiedenen Gründen nicht zur definitiven Eintragung, also auch nicht zur Existenz kommen, z. B. wegen Mangels der Liquidität des obligatorischen Anspruchs, etwa weil die Umschreibung in das endgültige Recht erst erfolgen soll nach Berichtigung der Kaufpreissumme und die Zahlung der Letzteren nicht erfolgt ist, oder weil dem obligatorischen Anspruch eine peremptorische Einrede entgegensteht § 886 B.-G.-B. Würde es aus den genannten Gründen nicht zur Umschreibung kommen, dann wäre der betreibende Gläubiger bis zu dem Zeitpunkt, wo die Vormerkung gegenstandslos geworden ist und demgemäss ihre Beseitigung verlangt

[1]) Vgl. § 4, I und II der Darstellung; [2]) R. G. VII, S. 181; XV, S. 269/70; XXVII, S. 237/8; [3]) Plank, S. 96, § 883, Anm. 5; Turnau-Förster S. 328 ff; Fuchs S. 116/7 u. Probleme S. 563 ff; Dernburg, Bd. III, S. 151, § 51 Ziff. 4; Johann Neumann S. 456 ff; Weigelt S. 63/4; Kober S. 80. Anm. 6a; Biermann S. 198 ff; Wolff S. 27, § 9 Anm. 5, und insbes. Jäckel S. 174/5; [4]) S. 117/8; [5]) S. 252, § 65.

werden kann, in seinem Rechte beeinträchtigt worden und hätte eventuell grosse Nachteile erlitten. Auch von diesem Gesichtspunkt aus erscheint es als das Richtigste, die Eigentumsvormerkung nicht als ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht zu halten. Da aber andererseits mit der Realisierung des vorgemerkten Rechts gerechnet werden muss, so ist es notwendig, für diesen Fall dasselbe in die Versteigerungsbedingungen aufzunehmen.

Hiebei sind nun zwei Fälle denkbar. Wird die Eigentumsvormerkung von dem Ersteigerer mit übernommen, sei es auf Grund der Versteigerungsbedingungen § 45, I Z. V. G. sei es, weil sie kraft ausdrücklicher Vereinbarung mit dem Ersteher von diesem übernommen werden soll § 91, II Z. V. G., so wirkt sie gegen den Ersteigerer, indem der aus der Eigentumsvormerkung Berechtigte von ihm auf Grund des § 888 Abs. 1 B.-G.-B. die Zustimmung zur Umschreibung verlangen kann. Da nun der Erwerber in einem solchen Fall gewärtig sein muss, dass die Übereignung des Grundstücks an den Berechtigten von diesem verlangt werden kann, so wird der Ersteigerer eben sein Gebot dementsprechend einrichten[1]) oder mit dem Vormerkungsberechtigten sich verständigen müssen, um dessen Rechte zu beseitigen. Denn die Übereignungsvormerkung unterliegt im gegebenen Falle dem Deckungsprinzip § 44, I Z. V. G., 48 l. c. und muss demgemäss beim Zuschlag nach § 82 l. c. berücksichtigt werden, ebenso wie andere dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehenden dinglichen Rechte, vgl. § 48 Z. V. G. Der aus der Vormerkung Berechtigte gilt auch als Beteiligter im Sinne der §§ 9, 59 Z. V. G.

Rangiert die Eigentumsvormerkung nach dem Recht des betreibenden Gläubigers, so kann ebenfalls versteigert werden. Wirkt sie aber in diesem Falle auch gegen den Ersteher? Einige Autoren[2]) sagen: eine solche

[1]) Vgl. R. G. VII, S. 181/2; [2]) Jäckel S. 175; Plank S. 96; Strecker S. 116 ff; Joh. Neumann S. 458 ff; Weigelt S. 63/4.

Vormerkung fällt aus; eventuell wird für ihren Ausfall eine Entschädigung aus dem Versteigerungserlös[1]) gewährt, nachdem alle übrigen Verfahrenskosten gedeckt sind. Dieser Auffassung ist unbedenklich beizutreten. Es gilt hier gleichfalls der Grundsatz: „Rechte, welche nicht übernommen werden und nicht durch Zalung zu decken sind, fallen aus", § 52 Z. V. G. Der aus der Eigentumsvormerkung Berechtigte befindet sich eben in keiner besseren Lage wie z. B. jeder Nachhypothekar, und das entspricht auch der Billigkeit. Es würde der Vorgemerkte sonst eine ungleich günstigere Rechtsposition einnehmen als die übrigen nachfolgenden Realberechtigten. In Erwägung dieses Umstandes ist Jäckel[2]) beizupflichten, wenn er erklärt, dass die Stellung des Vormerkungsberechtigten in diesem Falle genau mit derjenigen eines Realberechtigten zu vergleichen sei, dessen Recht nicht auf Leistungen aus dem Grundstück gerichtet ist, z. B. eine Realservitut.

Vierter Abschnitt.

Schlussfolgerungen.

§ 10. Die wesentlichsten Folgen aus der Natur des vorgemerkten Rechts.

Um generell die Frage beantworten zu können, welche praktischen Konsequenzen aus der Natur der vorgemerkten Rechte sich ergeben, müssen notwendigerweise erst die Rechtswirkungen festgestellt werden, welche diesen Rechten zukommen. Die zuweilen in der Litteratur vertretene Behauptung:[3]) „Andere als die ihr gesetzlich beigelegten Wirkungen hat die Vormerkung .... nicht", scheint mir etwas optimistisch zu sein. In der Tat sind bereits eine Reihe von Bedenken und Streitfragen aufgetaucht, welche meine Ansicht rechtfertigen. Auf Grund

[1]) Vgl. § 7, II der Darstellung; [2]) S. 174/5; [3]) Weigelt S. 14; auch Oberneck S. 252 ff.

meiner Theorie ergeben sich für die Wirkungen vorgemerkter Rechte zwei grundlegende Sätze:

1. Vorgemerkte Rechte sind gemäss dem Sicherungscharakter der Vormerkung „schutzbedürftige" Rechte. Daher sind sie, soweit nicht schon positive Vorschriften Entsprechendes bestimmen, mit allen jenen Wirkungen ausgestattet, welche ihre künftige Existenz garantieren. Vorgemerkte Rechte haben demnach alle passiven Funktionen dinglicher Rechte. Das ist auch die unverkennbare Absicht der Autoren gewesen, welche sich besonders in der Redigierung der betreffenden Normen zeigt, vgl. §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1. So wird z. B. ohne Zweifel zu bejahen sein, dass die Vormerkung das durch sie gebundene Grundstück oder Recht zu einer „streitbefangenen Sache" im Sinne des § 265 C. P. O. macht. Vgl. dazu §§ 727, 24, 325 l. c. Zustimmend Gaupp-Stein,[1]) Seuffert,[2]) Dernburg,[3]) Jaeger,[4]) Plank,[5]) Fuchs,[6]) sowie das Reichsgericht.[7]) Abweichend Biermann.[8]) Erkennt man an, dass dem Vorgemerkten eine dingliche Klage gegen den durch die Vormerkung betroffenen Dritterwerber zusteht, so muss man konsequenter Weise auch die sogenannte „Gefährdungsklage" aus § 1133 ff B.-G.-B. dem vorgemerkten Hypothekar gegenüber einem schädigenden Dritten zugestehen. Der Berechtigte kann gegen Letzteren auf Unterlassung klagen § 1134 B.-G.-B. Derselben Meinung Fuchs.[9]) Dernburg;[10]) abweichend Kober,[11]) Weigelt,[12]) Biermann.[13]) Dass obige Auffassung wohl die richtigere ist, ergibt sich schon aus dem Zweck der Vormerkung. Soll sie ihre Aufgabe erfüllen, so muss sie auch gegenüber der Gefährdung der bedingten Hypothek wirksamen Schutz gewähren, wofern nur die Liquidität des „obligatorischen" Anspruchs vom Vormerkungsberechtigten dar-

[1]) S. 566/7 u. S. 70/1; [2]) S. 386, Ziff. 2a; [3]) S. 151/2; [4]) § 24, Anm. 3; [5]) a. a. O.; [6]) S. 119, Anm. 15; [7]) R. G. XXVII, S. 237; [8]) S. 216 ff; [9]) S. 115, Anm. 9; [10]) S. 619; [11]) S. 80, Ziff. 5; [12]) S. 75; [13]) S. 196.

getan wird. In diesem Falle kann er dann auch auf „Befriedigung" aus dem Grundstück klagen. Zustimmend Fuchs.[1])

2) Was die positiven Wirkungen der Vormerkung betrifft, so sind dieselben ziemlich erschöpfend geregelt. Der Massunterschied in Ansehung der Wirkungen, der sich zwischen vorgemerkten und definitiv eingetragenen Rechten ergibt, ist mit Absicht gewählt worden, um zu offenbaren, dass ersteren noch nicht jene aktiven Wirkungen eigen sind, welche die gewöhnliche Ausstattung definitiv gebuchter Rechte bilden. Hieher gehört z. B. die Frage, ob zu Gunsten des Vormerkungsberechtigten der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, ob also das vorgemerkte Recht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs § 892 B.-G.-B. teilnimmt. Die Meinungen gehen in diesem Punkte sehr auseinander. Zustimmend verhalten sich Fuchs,[2]) wenigstens im Prinzip, Cosack,[3]) Turnau-Förster,[4]) auch Sekler S. 24 ff u. Othmer,[5]) der zwar den § 892 im Falle einer Vormerkung für anwendbar erklärt, aber inkonsequenter Weise dies für den § 891 nicht gelten lassen will. Eine ablehnende Haltung nehmen ein Kober,[6]) Plank,[7]) H. Neumann,[8]) Biermann,[9]) Oberneck,[10]) Weigelt[11]) und Fischer-Henle,[12]) sowie Maenner.[13]) Auf Grund obiger Darlegung, als überhaupt meiner Konstruktion ist die genannte Frage in verneinendem Sinne zu beantworten. Hat z. B. der rechtswidrig oder versehentlich eingetragene Nichteigentümer einem Dritten eine Servitutenvormerkung bewilligt, und reklamiert dann der Eigentümer sein Eigentum, so kann der Vormerkungsberechtigte nicht die Umschreibung verlangen. Eine solche Vormerkung verliert ihre Wirkung. Denn die Vergünstigung des § 892 kommt zweifellos nur Vollrechten zu statten. Vgl. auch § 8, II der Darstellung. Es ist das aus der

[1]) S. 115; [2]) S. 121/2, Anm. 20; [3]) S. 54, III Ziff. 4; [4]) S. 207. § 892, IV, 1; [5]) S. 86 ff u. S. 65; [6]) S. 79, V, Anm. 3; [7]) S. 95; [8]) S. 448, IV, 1b; [9]) S. 188 ff, III u. Sachenrecht § 886, Ziff. 3; [10]) S. 252; [11]) S. 12; [12]) S. 447, § 892, Anm. 3; [13]) S. 60.

Fassung des § 892 deutlich erkennbar. Aus demselben Grunde findet auch § 891 B.-G.-B. auf vorgemerkte Rechte keine Anwendung; abweichend Sekler S. 23/4. Denn der Vormerkungsberechtigte würde dadurch in die Lage versetzt sein, eine Änderung der Beweislast zu seinen Gunsten herbeizuführen; das wäre auch wenigstens solange eine Unbilligkeit, als der Aktivinteressent die materielle Berechtigung seines obligatorischen Anspruchs nicht beweisen kann.

Eine andere Frage jedoch ist es, ob die Vormerkung den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zerstört, wie dies z. B. beim Widerspruch § 894 B.-G.-B. der Fall ist. Auch das ist, wie oben[1]) bereits kurz erwähnt, nicht wohl anzunehmen, schon aus dem Grunde nicht, weil eine solche Funktion nicht den Zweck der Vormerkung bildet. Sie wendet sich nicht gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, sondern sie verhilft kraft ihrer konstitutiven Natur einem vorläufig eingetragenen Recht zur endgültigen Eintragung. Auch der Umstand, dass die Vormerkung keinen Sperrvermerk darstellt, spricht für die Richtigkeit meiner Anschauung, vgl. § 888, I B.-G.-B. Sachlich zustimmend Turnau-Förster,[2]) Oberneck[3]) und Weigelt.[4]) Vgl. Fuchs.[5])

Eine ebenfalls ablehnende Haltung wird man in der Frage einnehmen müssen, ob gegen eine Vormerkung bezw. ein vorgemerktes Recht ein Widerspruch zulässig ist. Auch dieser Rechtsbehelf ist nur definitiv eingetragenen Rechten reserviert. So das Kammergericht;[6]) anderer Meinung Biermann.[7]) Vgl. auch oben § 3, III der Darstellung.

Die praktisch wertvollste Konsequenz aus der Wirkung der Vormerkung ist folgende: Die Vormerkung bewirkt

---

[1]) § 4, I der Darstellung; [2]) § 886, Ziff. 1; [3]) S. 252; [4]) Weigelt S. 12, II; [5]) S. 122, bb; [6]) K. G. 28. I. 1901 in Mugdan Falkmann's Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Band II, S. 586; [7]) S. 83 ff.

infolge ihrer Eintragung eine materielle Rechtsänderung, nämlich eine Umwandlung des persönlichen Anspruchs in ein dingliches Recht. Die Eintragung der Vormerkung stellt demnach einen „Verfügungsakt" dar.[1]) Dieses Ergebnis ist von äusserster Wichtigkeit für die Frage der Sachlegitimation und für das eheliche Güterrecht, vgl. § 1374 B.-G.-B. Siehe ferner Biermann.[2])

Sodann steht nichts im Wege, dass ein durch eine Vormerkung gesichertes Recht übertragen werden kann, aber wegen der accessorischen Natur desselben nur mit dem persönlichen Anspruch §§ 413, 401 B.-G.-B.,*) vgl. Fuchs,[3]) Cosack,[4]) Weigelt.[5]) Zustimmend Biermann S. 143/4 u. Sekler S. 37, Ziff. 13a. Wird der Anspruch ohne das vorgemerkte Recht übertragen, dann ist die Wirkung der Vormerkung erloschen und ihre Beseitigung kann daraufhin verlangt werden. Zustimmend Plank[6]) und Turnau-Förster.[7]) In weiterer Linie kann ein aus einer Vormerkung Berechtigter auf Grund meiner Konstruktion das Ablösungsrecht des § 268 B.-G.-B. ausüben. Auf demselben Standpunkt stehen Plank,[8]) Othmer[9]) und Biermann.[10]) Abweichend Sekler S. 18. Ebenso erstreckt sich bei Eintragung einer Vormerkung die Dinglichkeit des vorgemerkten Rechts auf das Zubehör.[11]) Beide Male erfordert dies der mit der Vormerkung verbundene Sicherungszweck. Will man seine Rechtsposition völlig sichern, so wird man im zweiten Falle allerdings gut daran tun, hinsichtlich des Zubehörs eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Vgl. § 935 ff C. P. O., § 926 B.-G.-B.

[1]) Zustimmend Fuchs S. 121, Anm. 19 u. Probleme S. 565 ff. und Othmer S. 104; [2]) S. 193 ff; [3]) S. 121, Anm. 18; [4]) S. 35, Ziff. 5; [5]) S. 28/9; [6]) Band II, S. 185, § 401 Ziff. 1; [7]) S. 170/1; [8]) S. 40, § 268, I; [9]) S. 82; [10]) S. 201; [11]) Zustimmend: Biermann S. 202; Fuchs S. 132, Anm. 21; Turnau-Förster § 883, Kober S. 79, V, 5 u. andere.

*) Man wird in diesem Falle unbedenklich in Ansehung der Vormerkung eine analoge Konstruktion annehmen dürfen. Zustimmend Fischer-Henle S. 204, § 401, Anm. 1.

Da vorgemerkte Rechte identische Wirkungen äussern wie bedingte Rechte, so existiert wohl auch eine Schadensersatzpflicht auf Grund der §§ 249 ff B.-G.-B. analog der Bestimmung des § 160 B.-G.-B., falls eine Beeinträchtigung oder Vereitelung des vorgemerkten Rechts während der Schwebezeit durch ein Verschulden des Passivinteressenten erfolgen sollte. Diese Schadensersatzpflicht des Betroffenen ist konkurrierend mit der ihm aus § 888 Abs. 1 B.-G.-B. obliegenden Verpflichtung zur Erfüllung. Das künftige Vollrecht des Berechtigten kann zwar an sich nicht vereitelt werden; wohl aber kann die Erfüllung unter erschwerten Umständen, z. B. Zeitverlust und Unkosten erfolgen. Es erheischt die Billigkeit, dass der Berechtigte in einem solchen Falle Ersatz verlangen kann.

Von praktischer Wichtigkeit ist auch die Beurteilung folgenden Falles. Es ist möglich, dass entweder doloser oder fahrlässiger Weise, etwa infolge eines Versehens des Grundbuchbeamten, eine Vormerkung gelöscht wird. Damit ist auch ihr Sicherungszweck hinfällig geworden, weil sie nur solange wirkt, als sie im Grundbuch eingetragen ist. Ausserhalb des Grundbuchs existiert sie überhaupt nicht. Othmer[1]) hält gegen eine mit Unrecht gelöschte Vormerkung die Eintragung eines Widerspruchs für ein „erheblich praktisches Bedürfnis". Dieser Auffassung beizutreten, kann ich mich um deswillen nicht entschliessen, weil der Widerspruch ein Rechtsbehelf ist, der nur definitiv gebuchten Rechten zukommt, wie oben erwähnt. Indessen ist vom Standpunkt Othmer's aus dieses Verhalten ein konsequentes. Biermann's[2]) Auffassung scheint mir die richtigere zu sein. Er plädiert dafür, dass dem durch die Vormerkung Geschützten im gegebenen Falle eine condictio sine causa gegen den Dritterwerber zustehe, welche auf Wiederherstellung der Vormerkung gerichtet ist. Ist Letzteres unmöglich, so ge-

[1]) S. 24; [2]) S. 224/5.

steht Biermann subsidiär dem Berechtigten eine Entschädigung in Geld zu.

Endlich wäre noch zu erwähnen, dass für die Rangverhältnisse mehrerer vorgemerkter Rechte die Vorschrift des § 879 analog massgebend sein dürfte;[1]) denn hier kommt ebenso wenig die Sicherungsidee der Vormerkung, die ja nur die Änderung der gegebenen materiellen Rechtslage bezweckt, in betracht, wie bei der endgültigen Eintragung oder Löschung. Auch diese vollziehen sich nach allgemeinen Grundsätzen. Vgl. § 29 G. B. O. § 875 B.-G.-B. Zustimmend Fuchs.[2])

Die bisher berührten Fragen sind so ziemlich die wichtigsten und zugleich bestrittensten auf dem Gebiete der Vormerkung, so dass ihnen eine spezielle Erörterung gewidmet werden musste. Daneben können allerdings noch andere Fälle vorkommen, welche sich jedoch mit Hilfe vorstehender Konstruktion ohne erhebliche Schwierigkeit klarstellen lassen dürften. Es wird Aufgabe der Praxis sein, die weitesten Konsequenzen aus obigem theoretischem Ergebnisse zu ziehen und so den unmittelbaren juristischen Zwecken dienstbar zu machen. Jedoch wird man dabei nicht ausser Acht lassen dürfen, was sich gerade bei der Behandlung dieses Problems in hervorragender Weise zeigt, dass Geist und Zweck eines Gesetzes im allgemeinen wie auch einer Gesetzeseinrichtung im besonderen in erster Linie die massgebenden Ausgangspunkte für die Auslegung bilden müssen gemäss den berühmten Worten des römischen Meisters Celsus mit ihrem ehernen Klange:

„Scire leges non id est verba earum
tenere, sed vim ac potestatem".

[1]) Zustimmend: Fuchs S. 91, § 879, Anm. 8a; Biermann S. 160 und Turnau-Förster S. 159, § 883, II, 5; [2]) S. 135, Anm. 10.

Inhaltsübersicht.

Erster Abschnitt.

Einleitende Erörterungen.

Seite

§ 1. Zweck und Inhalt der Vormerkung . . . . . 5—7
§ 2. Die Theorien über die rechtliche Natur der Vormerkung 7—20

Zweiter Abschnitt.

Das Wesen der Vormerkung.

§ 3. Die Vormerkung, ein Sicherungseintrag im Grundbuch 20—31
§ 4. Die mit der Vormerkung verwandten Rechtsinstitute 31—39

Dritter Abschnitt.

Die Wirkung der Vormerkung.

§ 5. Die Wesensverwandlungswirkung der Vormerkung . 39—42
§ 6. Die negativen Wirkungen der Vormerkung . . . 42—53
§ 7. Die positiven Wirkungen der Vormerkung . . . . 53—73
§ 8. Die bedingt dingliche Wirkung der Vormerkung . . 73—91
§ 9. Einheitlichkeit der Konstruktion . . . . . 91—97

Vierter Abschnitt.

Schlussfolgerungen.

§ 10. Die wesentlichsten Folgen aus der Natur des vorgemerkten Rechts . . . . . 97—103